

Der öffentlich-rechtliche
Abwehranspruch gegen Immissionen
der öffentlichen Hand

von
Günter Memmert

aus
Regensburg

407011444

Der öffentlich-rechtliche
Anspruch gegen Immissionen
der öffentlichen Hand

Digitized by the Internet Archive
in 2026

Der öffentlich-rechtliche Abwehranspruch gegen Immissionen der öffentlichen Hand

Inaugural - Dissertation
der Juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexander-Universität
Erlangen-Nürnberg



vorgelegt
von
Günter Memmert
aus
Regensburg



Referent: Professor Dr. Alfred Voigt

Tag der mündlichen Prüfung: 25. Juni 1970

Meiner Frau

INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
Schrifttumsverzeichnis	XII
Vorbemerkung	1

Erstes Kapitel

DIE KONTUREN UND DER STANDORT DES ÖFFENTLICH-RECHTLICHEN ABWEHRANSPRUCHS GEGEN IMMISSIONEN	16
---	----

A. Die Bedeutung des zivilrechtlichen Abwehranspruchs für den negatori- schen Anspruch im öffentlichen Recht	17
B. Die Abgrenzung des öffentlich- rechtlichen Abwehranspruchs von ähnlichen Erscheinungen im öffent- lichen Recht	29
I. Der Abwehranspruch und der Folgenbeseitigungsanspruch	30
II. Der Abwehranspruch und der Amtshaftungsanspruch	42
III. Der Abwehranspruch und die Entschädigung nach Enteig- nungsgrundsätzen	50

1. Der Anwendungsbereich des Entschädigungsrechts nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs	51
a) Die Erstreckung des Enteignungsrechts auf rechtswidrige Eingriffe	51
b) Die Erstreckung des Enteignungsrechts auf Nebenfolgen	53
2. Das Verhältnis von Abwehr- und Entschädigungsanspruch	58

Zweites Kapitel

DER GELTUNGSGRUND DES ÖFFENT- LICH-RECHTLICHEN ABWEHR- ANSPRUCHS GEGEN IM- MISSIONEN	64
---	----

A. Objektives Recht und subjektiver Anspruch	67
I. Die Lehre Georg Jellineks vom status negativus	67
II. Die Lehre vom status negativus unter dem Grundgesetz	71
B. Die Übertragung des § 1004 BGB ins öffentliche Recht	78
I. Die zivilrechtliche actio ne- gatoria als Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens	78
II. Die Tragweite der Eigentums- garantie im öffentlichen Recht	83

	Seite
III. Die Bestimmung des Art. 14 Abs. I Satz 1 GG als In- stitutsgarantie	87
IV. Die Struktur des bürgerlich- rechtlichen Eigentums	91
1. Das statische Verständnis des Eigentums	91
2. Das dynamische Verständnis des Eigentums	94
V. Die Übertragung des Abwehr- anspruchs aus § 1004 BGB ins öffentliche Recht über die Institutsgarantie des Art. 14 Abs. I Satz 1 GG	97

Drittes Kapitel

DIE VORAUSSETZUNGEN DES ÖFFENT- LICH-RECHTLICHEN ABWEHRAN- SPRUCHS GEGEN IM- MISSIONEN

A. Die Übertragbarkeit des § 906 BGB ins öffentliche Recht	102
I. Der Versuch, § 906 BGB unver- ändert ins öffentliche Recht zu übernehmen	104
II. Die Überlagerung des § 906 BGB mit öffentlich-rechtlichem Ge- dankengut	107
1. Der teilweise Ausschluß des Rechtsweges durch das Reichsgericht	109
2. Die materiellrechtliche Beschränkung des Abwehr- anspruchs	111

	Seite
3. Die Konstruktion eines öffentlichen Nachbarrechts in Anlehnung an § 906 BGB	116
III. Die Notwendigkeit eines eigenständigen öffentlichen Nachbarrechts	118
B. Die Entwicklung eines eigenständigen öffentlichen Nachbarrechts	122
I. Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung	123
1. Die Beschränkung des Gesetzesvorbehalts auf gezielte Eingriffe in "Freiheit und Eigentum"	125
a) Das Gesetzmäßigkeitsprinzip im liberalen Rechtsstaat	125
b) Die Rezeption der Theorie des bürgerlichen Rechtsstaats	128
2. Die Ausweitung des Gesetzesvorbehalts auf die gesamte öffentliche Verwaltung	131
a) Die Interdependenz von Eingriff und Leistung	131
b) Die demokratische Funktion des Gesetzmäßigkeitsprinzips	133
c) Die rechtsstaatliche Funktion des Gesetzesvorbehalts	136
d) Gesetzlich normierte Duldungspflichten im Immissionsrecht	139
3. Die Verwaltungszwecke als Legitimationsgrundlagen	143
a) Verwaltung ohne explizite Rechtsgrundlagen	143

	Seite
b) Die Wiederbesinnung auf die Verwaltungszwecke - aa) Der Wandel im Verständnis der Staatsaufgaben - bb) Der Einfluß des Rechtsstaatsgedankens auf die Staatszwecke als Legitimationsgrundlagen c) Die Legitimationsgrundlagen im Immissionsrecht	147 149 152 155
II. Die Bedeutung des Eigentumsgrundrechts für den Abwehranspruch	158
1. Inhalts- und Schrankenbestimmung gemäß Art. 14 Abs. I Satz 2 GG 2. Die Sozialgebundenheit des Eigentums nach Art. 14 Abs. II Satz 2 GG 3. Eingriffe in das Eigentum (Art. 14 Abs. III GG)	161 168 171
III. Die Bindung der Verwaltung an die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts	178
C. Die Gestalt des öffentlich-rechtlichen Abwehranspruchs	180
Viertes Kapitel DER ANWENDUNGSBEREICH DES ÖFFENTLICH-RECHTLICHEN ABWEHRANSPRUCHS GEGEN IMMISSIONEN	
A. Die Präjudizierung der Zuordnung der Immissionsstreitigkeiten mit der öffentlichen Hand	188
	190

	Seite
I. Die Präjudizierung der Zuordnung durch die explizite Normierung des Immissionsrechts im Bürgerlichen Gesetzbuch	190
II. Die Präjudizierung der Zuordnung durch die Theorie der öffentlichen Sachen	197
1. Die Theorie des modifizierten Privateigentums	198
2. Die Theorie vom öffentlichen Eigentum	201
III. Die Befreiung von den Präjudizien durch die dynamische Deutung des Eigentums	205
B. Die Durchbrechung des Präjudizes	211
I. Die Subordinationstheorie	212
II. Die Formalisierung der Staatszwecke in den Benutzungsordnungen	215
III. Die Formalisierung der Staatszwecke in dem Begriff der hoheitlichen Maßnahme	222
1. Die Benutzungsordnung und Drittbeziehungen	223
2. Die Differenzierung zwischen der auf eine wesentliche Änderung des öffentlichen Betriebs und der auf die Anbringung von Schutzvorrichtung zielenden Klage	229
IV. Die Fiskustheorie	236
C. Die Zuordnung des öffentlich-rechtlichen und des privatrechtlichen Abwehranspruchs als jeweils geschlossene Einheit	242

	Seite
I. Die Einordnung ins Privatrecht	242
II. Die Einordnung ins öffentliche Recht	247
1. Die Verwaltungszwecke	247
2. Das Zusammenspiel von for- mellem und materiellem Recht	255

SCHRIFTTUMSVERZEICHNIS

- Anschütz, Gerhard Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, Teil 2, 14. Aufl., Berlin, 1932
- Bachof, Otto Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, Tübingen, 1951
- Reflexwirkungen und subjektive Rechte im öffentlichen Recht, in Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, S. 287 ff., München, 1955
- Freiheit des Berufs, in Bettermann-Nipperdey-Scheuner: Die Grundrechte, 3. Band, 1. Halbband, S. 155 ff., Berlin, 1958
- Aussprache in VVDStRL Heft 19, Seite 269 f.
- Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, Tübingen, 1963
- Badura, Peter Das Verwaltungsmonopol, Berlin, 1963
- Verwaltungsrecht im liberalen und im sozialen Rechtsstaat, in Recht und Staat, Heft 328, Tübingen, 1966
- Das Verwaltungsrecht des liberalen Rechtsstaates, Göttingen, 1967
- Bartlspenger, Richard Die Folgen von Staatsunrecht als Gegenstand der Gesetzgebung, NJW 1968, S. 1697 ff.

- Bauch, Botho
- Danckelmann,
Bernhard Kommentar zum Bundesleistungs-
gesetz, Stuttgart, 1959
- Baur, Fritz Der Beseitigungsanspruch nach
§ 1004 BGB, AcP, Band 160, 1961,
S. 465 ff.

Sachenrecht,
in Soergel-Siebert: Bürgerliches
Gesetzbuch, Band 4, 10. Aufl.,
Stuttgart, 1968

Lehrbuch des Sachenrechts,
4. Aufl., München, 1968
- Beck, Friedrich Grenzen der Anwendbarkeit des
bürgerlichen Sachenrechts auf
die öffentlichen Sachen,
Dissertation, Saarbrücken, 1967
- Beinhardt, Gerd Nochmals Benutzungszwang und
Eigentumsgarantie, Bay. VBl. 1962,
S. 205 ff.
- Bellstedt,
Christoph Bedürfen Subventionen gesetzlicher
Grundlage? DÖV 1961, S. 161 ff.
- Bender, Bernd Der Rechtsweg bei Klagen gegen
Auftragssperren der öffentlichen
Hand - BGHZ 14, 222 und BVerwG 5,
325, in JuS 1962, S. 178 ff.

Empfiehl es sich, die Folgen
rechtswidrigen hoheitlichen Ver-
waltungshandelns gesetzlich zu
regeln (Folgenbeseitigung - Fol-
genentschädigung)? 47. DJT, Band II,
Sitzungsberichte, Abteilung L,
S. 7 ff., München, 1969
- Berg, Hans Kommentierung zu § 1004, in J. v.
Staudingers Kommentar zum Bürger-
lichen Gesetzbuch, 3. Band, 1. Teil,
11. Aufl., Berlin, 1956
- Bettermann,
Karl August Zur Lehre vom Folgenbeseitigungs-
anspruch, DÖV 1955, S. 528 ff.

Kein Folgenbeseitigungsanspruch
bei Wiedereinweisung des Räumungs-
schuldners? MDR 1957, S. 130 ff.

- Bettermann, Karl August Der Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit, in Bettermann-Nipperdey-Scheuner: Die Grundrechte, 3. Band, 2. Halbband, S. 779 ff., Berlin, 1959
- Grenzen der Grundrechte, Berlin, 1968
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang Gesetz und gesetzgebende Gewalt, Berlin, 1958
- Bullinger, Martin Vertrag und Verwaltungsakt, Stuttgart, 1962
- Cronau, Günter Der Haushaltsplan als Ermächtigungsgrundlage für die sozialgestaltende Verwaltung, Dissertation, Münster, 1962
- Debelius, Jörg Die Struktur des Anspruchs aus einem rechtswidrigen enteignungsgleichen Eingriff, Dissertation, Marburg, 1968
- Degenhart, Max Kommentierung des Sachenrechts, in Palandt: Bürgerliches Gesetzbuch, 28. Aufl., München, 1969
- Dreyer, Wilhelm Der Entschädigungsanspruch der Straßenanlieger, VerwArch., Band 20, 1912, S. 161, ff.
- Dürig, Günter Das Eigentum als Menschenrecht, ZgesStW, Band 109, 1953, S. 326 ff.
- in Maunz-Dürig-Herzog: Grundgesetz, Lieferung 1-10, München, Stand: 1969, Art. 1, Art. 2 und Art. 19 Abs. IV
- Enneccerus, Ludwig Recht der Schuldverhältnisse, - Lehmann, Heinrich 15. Bearbeitung, Tübingen, 1958
- Enneccerus, Ludwig Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Halbband, 15. Aufl., - Nipperdey Carl Tübingen, 1959

- Fleiner, Fritz Institutionen des deutschen
Verwaltungsrechts, Tübingen,
1911
- Über die Umbildung zivilrecht-
licher Institute durch das
öffentliche Recht, Tübingen, 1906
- Forsthoff, Ernst Die Verwaltung als Leistungs-
träger, Stuttgart und Berlin, 1938
- Lehrbuch des Verwaltungsrechts,
1. Band, Allgemeiner Teil, 9. Aufl.,
München und Berlin, 1966
- Franke,
Franz-Josef Der Folgenentschädigungsanspruch -
Folgenbeseitigung durch Entschä-
digung, VerwArch., Band 57, 1966,
S. 357 ff.
- Fröhler, Ludwig in Landmann-Rohmer: Gewerbeordnung,
Kommentierung zu § 26 GewO, 7.
Lieferung, München, 1968
- Fuß, Ernst-Werner Aussprache in VVDStRL 21, S. 236 ff.
- Verwaltung und Schule, VVDStRL 23,
S. 199 ff.
- Giacometti,
Zaccaria Allgemeine Lehren des rechts-
staatlichen Verwaltungsrechts,
1. Band, Zürich, 1960
- Haas, Diether System der öffentlichrechtlichen
Entschädigungspflichten, Karlsruhe,
1955
- Empfiehl es sich, die Folgen rechts-
widrigen hoheitlichen Verwaltungs-
handelns gesetzlich zu regeln
(Folgenbeseitigung - Folgenent-
schädigung)? 47. DJT, Band II,
Sitzungsberichte, Abteilung L,
S. 32 ff., München, 1969

- Häberle, Peter Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, Karlsruhe, 1962
- Hammer, Rudolf Benutzungszwang und Eigentums-
garantie, Bay. VBl. 1962, S. 103 ff.
- Hantke, Gottfried Die öffentlichrechtliche Beseiti-
gungsklage, Dissertation, Hamburg,
1966
- Hardinghaus,
Herbert Öffentliche Sachherrschaft und
öffentliche Sachwaltung, Berlin,
1966
- Heidenhain, Martin Amtshaftung und Entschädigung
aus enteignungsgleichem Eingriff,
Berlin, 1965
- Henke, Wilhelm Das subjektive öffentliche Recht,
Tübingen, 1968
- Hoffmann, Michael Der Abwehranspruch des Bürgers
gegen rechtswidrige hoheitliche
Realakte, Dissertation, Münster,
1968
- Diskussion zum 47. DJT,
Band II, Abteilung L, S. 68 f.,
München, 1969
- Huber,
Ernst Rudolf Wirtschaftsverwaltungsrecht,
2. Band, 2. Aufl., Tübingen, 1954
- Huber, Konrad Maßnahmegesetz und Rechtsgesetz,
Berlin, 1963
- Imboden, Max Das Gesetz als Garantie rechts-
staatlicher Verwaltung, Basel-
Stuttgart, 2. Aufl., 1962
- Ipsen,
Hans Peter Enteignung und Sozialisierung,
VVDStRL Heft 10, S. 74 ff.
- Das Bundesverfassungsgericht und
das Privateigentum, AöR, Band 91,
1966, S. 86 ff.

- Jaenicke, Günther Gefährdungshaftung im öffentlichen Recht? VVDStRL Heft 20, S. 135 ff.
- Janssen, Günter Der Anspruch auf Entschädigung bei Aufopferung und Enteignung, Stuttgart, 1961
- Gefährdungshaftung im deutschen öffentlichen Recht? NJW 1962, S. 939 ff.
- Jellinek, Georg System der subjektiven öffentlichen Rechte, 1. Aufl., Tübingen, 1892
- System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., Tübingen, 1905
- Jellinek, Walter Übungen im Staats- und Verwaltungsrecht (als Manuskript gedruckt), Kiel, Sommerhalbjahr 1928
- Verwaltungsrecht, unveränderter Neudruck der 3. Auflage von 1931, Berlin, 1966
- Jesch, Dietrich Die Bindung des Zivilrichters an Verwaltungsakte, Dissertation, Erlangen, 1956
- Gesetz und Verwaltung, Tübingen, 1961
- Urteilsanmerkung zu Bay. VGH vom 17. 3. 1961 - Nr. 51 IV 57, DÖV 1962, S. 428 ff.
- Kimminich, Otto Bonner Kommentar, Kommentierung zu Art. 14, Hamburg, 1950 ff.
- Koch, Martin Zur Rechtsordnung der sächlichen Mittel der Eisenbahnen, in Hau-stein: Die Eisenbahnen im deutschen öffentlichen Recht, S. 134 ff., Frankfurt am Main, 1960

- | | |
|---|---|
| Kodal, Kurt | Straßenrecht, 2. Aufl., München und Berlin, 1964 |
| Konow, Karl-Otto | Zur Anwendung des § 839 Abs. 3 BGB bei den Ansprüchen wegen rechtswidriger enteignungsgleicher Eingriffe, DÖV 1966, S. 327 ff. |
| Kreft, Friedrich | Diskussion zum 47. DJT, Band II, Abteilung L, S. 77 ff., München, 1969 |
| Kröner | Begriffe und Grundprobleme der Rechtsprechung des BGH zur Eigentumsgarantie, DVBl. 1969, S. 157 ff. |
| Krüger, Herbert | Die Einschränkung von Grundrechten nach dem Grundgesetz, DVBl. 1950, S. 625 ff. |
| Kuschmann, Horst | Die Abgrenzung der Enteignung und der Aufopferung von der Amtshaftung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, NJW 1966, S. 574 ff. |
| Lange, Heinrich | Sachenrecht des BGB, 1. Aufl., Stuttgart, 1967 |
| Larenz, Karl | Lehrbuch des Schuldrechts, 2. Band, Besonderer Teil, 9. Aufl., München, 1968 |
| Leisner, Walter | Die schutzwürdigen Rechte im Besonderen Gewaltverhältnis, DVBl. 1960, S. 617 ff.

Gefährdungshaftung im öffentlichen Recht? VVDStRL Heft 20, S. 185 ff. |
| Lent, Friedrich -
Schwab, Karl Heinz | Sachenrecht, 12. Aufl., München, 1968 |
| Lerche, Peter | Amtshaftung und enteignungsgleicher Eingriff, JuS 1967, S. 237 ff. |

- Luhmann, Niklas Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet, Berlin, 1965
- Mallmann, Walter Schranken nichthoheitlicher Verwaltung, VVDStRL Heft 19, S. 165 ff.
- Mangoldt, Hermann von - Klein, Friedrich Das Bonner Grundgesetz, Band I, 2. Aufl., Berlin und Frankfurt a. M., 1966
- Marschall, Ernst A. Bundesfernstraßengesetz, 2. Aufl., Köln-Berlin-Bonn-München, 1963
- Martens, Wolfgang Öffentlichrechtliche Probleme des negatorischen Rechtsschutzes gegen Immissionen, in Hamburger Festschrift für Friedrich Schack, S. 85 ff., Hamburg, 1966
- Urteilsanmerkung zu BGHZ vom 17. 11. 1967 - V ZR 143/66, DVBl. 1968, S. 150
- Öffentlich als Rechtsbegriff, Bad Homburg v.d.H.-Berlin-Zürich, 1969
- Maunz, Theodor Hauptprobleme des öffentlichen Sachenrechts, München, Berlin und Leipzig, 1933
- Deutsches Staatsrecht, 16. Aufl., München, 1968
- in Maunz-Dürig-Herzog: Grundgesetz, Lieferung 1-10, München, Stand: 1969, Art. 14 und Art. 20 Rd. Nr. 124-147
- Mayer, Franz Das verfassungsrechtliche Gebot der gesetzlichen Ermächtigung in Festschrift für Hermann Nottarp, S. 187 ff., Karlsruhe, 1961

- Mayer, Franz Das Opportunitätsprinzip in
der Verwaltung, Berlin, 1963
- Der Gemeingebrauch, JuS 1963,
S. 205 ff.
- Das Recht der öffentlichen
Sicherheit und Ordnung,
in Mang-Maunz-Mayer-Obermayer:
Staats- und Verwaltungsrecht
in Bayern, 3. Aufl., München,
1968
- Mayer, Otto Deutsches Verwaltungsrecht,
Erster Band, 3. Aufl., München
und Leipzig, 1924
- Deutsches Verwaltungsrecht,
Zweiter Band, 3. Aufl., München
und Leipzig, 1924
- Meisner - Ring, Nachbarrecht in Bayern, 5. Aufl.,
Josef Berlin, 1961
- Meisner - Stern - Nachbarrecht im Bundesgebiet
Hodes, Fritz (ohne Bayern) und in Westberlin,
4. Aufl., Berlin, 1964
- Menger,
Christian-Friedrich Der Schutz der Grundrechte in der
Verwaltungsgerichtsbarkeit,
in Bettermann-Nipperdey-Scheuner:
Die Grundrechte, 3. Band, 2. Halb-
band, S. 717 ff., Berlin, 1959
- Die Bestimmung der öffentlichen
Verwaltung nach den Zwecken,
Mitteln und Formen des Verwaltungs-
handelns, DVBl. 1960, S. 297 ff.
- Höchststrichterliche Rechtsprechung
zum Verwaltungsrecht, VerwArch.,
Band 52, 1961, S. 196 ff.

- Müller, Wilfried Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche im Verwaltungsrecht, Dissertation, Göttingen, 1967
- Nawiaskey, Hans Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe, 2. Aufl., Einsiedeln, 1948
- Obermayer, Klaus Das Bundesverfassungsgericht und der Vorbehalt des Gesetzes, DVBl. 1959, S. 354 ff.
- Aussprache, in VVDStRL Heft 23, S. 259 ff.
- Zur Rechtsstellung des Nachbarn im Baurecht und zum Folgenbeseitigungsanspruch (OVG Lüneburg, DÖV 1962, 467), in JuS 1963, S. 110 ff.
- Allgemeines Verwaltungsrecht und Kommunalrecht, in Mang-Maunz-Mayer-Obermayer: Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, 3. Aufl., München, 1968
- Peter, Christoph Anmerkung zum Urteil des BGH vom 22. 5. 1967 - III ZR, 124/66, JZ 1968, S. 225 ff.
- Peters, Hans Verwaltung ohne gesetzliche Ermächtigung? in Festschrift für Hans Huber, Bern, 1961
- Ringe, Karl Zur Unterlassungs- und Beseitigungsklage bei Verwaltungsakten und einfachen Verwaltungshandlungen, DVBl. 1958, S. 378 ff.
- Rösslein, Thomas Der Folgenbeseitigungsanspruch, Berlin, 1968
- Rüfner, Wolfgang Formen öffentlicher Verwaltung, im Bereich der Wirtschaft, Berlin 1967

- Rüfner, Wolfgang Diskussion zum 47. DJT,
Band II, Abteilung I, S. 67
und 68, München, 1969
- Rupp,
Hans Heinrich Grundfragen der heutigen Ver-
waltungsrechtslehre, Tübingen,
1965
- Schack, Friedrich Aufopferungsanspruch bei Ver-
sagung der Abwehrklage aus
§ 1004 BGB - BGHZ 16, 366, in
JuS 1963, S. 263 ff.
- Die Entschädigungsansprüche
ohne Rücksicht auf Verschulden
im Immissionsbereich, BB 1965,
S. 341 ff.
- Schätzel, Walter Themen und Fälle aus dem öffent-
lichen Recht, 2. Auflage, Marburg,
1948
- Schaumann,
Wilfried Gleichheit und Gesetzmäßigkeits-
prinzip, JZ 1966, S. 721 ff.
- Scheuner, Ulrich Amtshaftung und enteignungsglei-
cher Eingriff, JuS 1961, S. 243 ff.
- Schick, Walter Untergesetzliche Rechtssätze als
Enteignungsnormen, DVBl. 1962,
S. 774 ff.
- Schleeh, Jörg Zur Dogmatik der öffentlich-
rechtlichen Folgenbeseitigung,
AoR, Band 92, 1967, S. 58 ff.
- Schneider, Hans Zur Haftung der Gemeinden für
ihre öffentlichen Anstalten,
NJW 1962, S. 705 ff.
- Schneider, R. Rechtsnorm und Individualakt im
Bereich des verfassungsrechtlichen
Eigentumsschutzes, VerwArch.,
Band 58, 1967, S. 197 ff. und
301 ff.

- | | |
|------------------------------|---|
| Scholz, Manfred | Die Lehre vom öffentlichen Eigentum im geltenden deutschen Recht, Dissertation, Heidelberg, 1964 |
| Schulte,
Hans-Wolfgang | Die gesetzliche Lösung von Interessenkonflikten im Nachbarraum durch Ausgleich, Begünstigung und Entschädigung, Dissertation, Münster, 1968 |
| Sellmann, Martin | Sozialbindung des Eigentums und Enteignung, NJW 1965, S. 1689 ff. |
| Selmer, Peter | Der Vorbehalt des Gesetzes, JuS 1968, S. 489 ff. |
| Seufert, Günther | Kommentierung zu § 906, in J. v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Band, 1. Teil, 11. Aufl., Berlin, 1956 |
| Söhn, Hartmut | Eigentumsrechtliche Probleme des gemeindlichen Anschluß- und Benutzungszwanges, Dissertation, München, 1965 |
| Spreckelsen,
Heinrich von | Bundesleistungsgesetz, Köln, Berlin, 1957 |
| Steinbauer,
Karl-Heinz | Entschädigungs- und Schadensersatzansprüche der Anlieger im Straßen- und Wegerecht, Dissertation, München, 1966 |
| Stern, Klaus | Rechtsfragen der öffentlichen Subventionierung Privater, JZ 1960, S. 518 ff.

Die öffentliche Sache, VVDStRL Heft 21, S. 183 ff. |
| Stödter, Rolf | Öffentlich-rechtliche Entschädigung, Hamburg, 1933 |

- Thieme, Werner Der Gesetzesvorbehalt im besonderen Gewaltverhältnis, JS 1964, S. 81 ff.
- Thoma, Richard Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der deutschen Reichsverfassung im allgemeinen in Nipperdey: Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Erster Band, Berlin, 1929
- Ule, C. H. -
Fittschen, D. Anmerkung zum Urteil des BGH vom 18. 3. 1968 - V ZR 44/62, JS 1965, S. 315 ff.
- Vogel, Klaus Gesetzgeber und Verwaltung, VVDStRL Heft 24, S. 125 ff.
- Wagner, Heinz Eingriff und unmittelbare Einwirkung im öffentlich-rechtlichen Entschädigungsrecht, NJW 1966, S. 569 ff.
- Weber, Werner Eigentum und Enteignung, in Neumann-Nipperdey-Scheuner: Die Grundrechte, 2. Band, S. 331 ff., Berlin, 1954
- Die öffentliche Sache,
VVDStRL Heft 21, S. 145 ff.
- Westermann, Harry Sachenrecht, 5. Aufl., Karlsruhe, 1966
- Weyreuther, Felix Empfiehlt es sich, die Folgen rechtswidrigen hoheitlichen Verwaltungshandelns gesetzlich zu regeln (Folgenbeseitigung - Folgenentschädigung)? 47. DJT, Band I (Gutachten), Teil B, München, 1968
- Wolff, Hans J. Der Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht, AöR, Band 76, 1950, S. 205 ff.

- Wolff, Hans J. Verwaltungsrecht I, 7. Aufl.,
 München, 1968
- Verwaltungsrecht II, 2. Aufl.,
 München und Berlin, 1967
- Zeidler, Karl Schranken nichthoheitlicher
 Verwaltung, VVDStRL Heft 19,
 S. 208 ff.
- Zippelius,
Reinhold Grundfragen des öffentlichen
 Sachenrechts und das Bayerische
 Straßen- und Wegegesetz, DÖV 1958,
 S. 838 ff.
- Das Wesen des Rechts,
 München, 1965

VORBEMERKUNG

1. Die nachfolgende Arbeit befaßt sich mit Fällen, die in Theorie und Praxis äußerst unterschiedlich behandelt werden. Teils gliedert man sie ausschließlich dem Privatrecht, teils ausschließlich dem öffentlichen Recht ein; teils differenziert man und ordnet sie nur grundsätzlich dem Privatrecht zu, während man in besonders gelagerten Ausnahmen öffentliches Recht annimmt. Es handelt sich hierbei immer um solche Fälle, in welchen die öffentliche Hand ein Grundstück im öffentlichen Interesse nutzt und hierbei die Benutzung der benachbarten Grundstücke durch Immissionen beeinträchtigt.

Die Gefängnisverwaltung in H hält zur Bewachung des Gefängnisses einen Hund, der beim geringsten Anlaß bellt und so den in der Nachbarschaft wohnenden Privatgelehrten A im Arbeiten und in der Nachtruhe stört (1). A möchte gegen die Gefängnisverwaltung vorgehen und verlangen, daß sie den Hund verkauft, "zumal ein so häufig bellender Hund seinen Zweck verfehle".

1) Das Beispiel wurde der als Manuskript gedruckten Fallsammlung von W. Jellinek zu den Übungen im Staats- und Verwaltungsrecht vom Sommerhalbjahr 1928 entnommen (Fall Nr. 8).

Der Frauenarzt Dr. K., der seine Praxis in einer vornehmen Villengegend unmittelbar neben dem städtischen Zoo ausübt, fürchtet, durch den unerträglichen Gestank des Zoos seine Patienten zu verlieren. Er entdeckt, daß der Zoodirektor die ihm zur Verfügung stehenden finanziellen Mittel nicht zur Verbesserung der hygienischen Verhältnisse im Zoo, sondern ausschließlich zur Anschaffung neuer Tiere verwendet (1). Der Arzt möchte die Zooverwaltung verklagen, die hygienischen Verhältnisse zu verbessern und auf diese Weise den Geruch zu unterbinden.

In einem Manöver während einer kalten Winternacht sucht ein motorisierter Trupp der Bundeswehr Unterschlupf in einem großen Gutshof. Den Kommandowagen und die Zelte heizen die Soldaten mit starken Generatoren. Wegen des Lärmes dieser Maschinen können die Gutsbewohner keine Ruhe finden. Sie wollen, daß der Trupp den Gutshof verläßt und auf freiem Feld kampiert.

Charakteristisch für alle diese Fälle ist, daß die immittierende Tätigkeit immer der Verwirklichung des allgemeinen Wohles dient und nicht irgendwelchen erwerbswirtschaftlichen Zwecken der öffentlichen Hand.

2. Die neuere Rechtsprechung hatte bisher nur zu den formellen Fragen, nicht aber zur materiell-rechtlichen Behandlung eines gegen die Immissionen der öffentlichen Hand gerichteten Abwehranspruchs Stellung zu nehmen. Dabei vertritt sie

1) Das Beispiel wurde den Themen und Fällen aus dem öffentlichen Recht von Schätzel entnommen (Fall Nr. 92).

die Auffassung, daß der Abwehranspruch gegen Immissionen, die bei der im öffentlichen Interesse erfolgten Nutzung eines Grundstückes der öffentlichen Hand verursacht werden, grundsätzlich dem Privatrecht angehöre. An Hand eines Sachverhalts, der beim Bayerischen Verwaltungsgerichtshof zur Entscheidung anstand (1), mag dieses verdeutlicht werden.

Die Nachbarn eines neu angelegten Müllplatzes fühlen sich durch den Lärm der an- und abfahrenden Müllfahrzeuge, durch den Geruch des Mülls und die Rauchentwicklung bei der Müllverbrennung in ihrem Eigentum beeinträchtigt. Sie wollen auf Unterlassung der Immissionen klagen.

Obwohl der Müllplatz von einer öffentlichen Körperschaft unterhalten wird und dem allgemeinen Wohle dient, nimmt also die Rechtsprechung hier eine bürgerlich-rechtliche Streitigkeit an.

Freilich soll nach der Rechtsprechung in diesen Fällen aber nur grundsätzlich Privatrecht gelten. Wenn das immittierende Grundstück aber nicht nur im öffentlichen Interesse von der öffentlichen Hand genutzt wird, sondern außerdem die Bestimmung über die Nutzung des Grundstückes in den Formen des öffentlichen Rechts erfolgt ist, kann nach Ansicht der Rechtsprechung eine Abwehrklage gegen Immissionen, die von einem solchen Grundstück ausgehen, eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit begründen.

1) BayVGH in BayVBl. 1965, S. 390 ff.

Nach der Rechtsprechung kommt im Müllplatzfall eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit also nur dann in Frage, wenn der Müllplatz seiner Bestimmung in der Form einer öffentlich-rechtlichen Widmung übergeben wurde und seine Benutzung ausschließlich nach öffentlichem Recht in einer Satzung geregelt ist.

Zu beachten ist, daß nach der Rechtsprechung diese Kriterien allein noch nicht ausreichen, eine öffentlich-rechtliche Immissionsstreitigkeit anzunehmen. Vielmehr besagt die Rechtsprechung nur, daß bei einer öffentlich-rechtlichen Nutzungsordnung eine verwaltungsrechtliche Streitigkeit in Frage komme. Zur Annahme einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit muß also noch eine weitere Voraussetzung hinzutreten. Die Abwehrklage muß zusätzlich auf Einstellung oder Verlegung der immittierenden öffentlichen Einrichtung zielen. Nur dann dürfe eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit angenommen werden. Richtet sich die Klage dagegen nur auf die Anbringung geeigneter Schutzmaßnahmen, dann liegt nach der Rechtsprechung, auch wenn das immittierende Grundstück in den Formen des öffentlichen Rechts genutzt wird, eine bürgerlich-rechtliche Streitigkeit vor.

Wendet man die Grundsätze der Rechtsprechung auf den Müllplatzfall an, dann ergibt sich folgendes:

Wenn die Anlieger die Stillegung oder Verlegung eines in den Formen des öffentlichen Rechts genutzten Müllplatzes verlangen, ist ihr Klagebegehren nach öffentlichem Recht zu behandeln. Verlangen die Anlieger aber nur, daß Bäume angepflanzt und Schutzmauern errichtet werden, dann müssen sie ihre Klage vor den Zivilgerichten erheben.

Damit ist jedoch die Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht im Immissionsbereich nach der Rechtsprechung noch nicht abschließend dargetan. In einigen Urteilen unterscheidet die Rechtsprechung auch bei einer Klage auf Stillegung oder Verlegung der öffentlichen Einrichtung noch einmal zwischen öffentlichem und privatem Recht. Nach anderen Urteilen soll eine Klage auf Anbringung geeigneter Schutzvorrichtungen einmal öffentlich- und einmal privatrechtlich sein können.

So vertritt der Bayerische Verwaltungsgerichtshof die Auffassung, daß die Klage auf Stillegung oder Verlegung des Müllplatzes, auch wenn dieser öffentlich-rechtlich genutzt werde, nur dann dem öffentlichen Recht angehöre, wenn bei Erfolg der Klage die Gemeinde mangels einer anderen Müllablademöglichkeit die gemeindliche Müllabfuhr überhaupt stillegen müßte. Solange aber eine völlige Einstellung der gemeindlichen

Müllabfuhr nicht nötig sei, müsse auch eine Klage auf Stillegung oder Verlegung des Müllplatzes vor den Zivilgerichten erhoben werden.

Der Bundesgerichtshof, der Klagen auf Anbringung von Schutzvorrichtungen auch bei öffentlich-rechtlicher Nutzungsform des immittierenden Grundstücks dem Privatrecht zuordnet, will in einigen Urteilen öffentliches Recht annehmen, wenn die geforderte Errichtung der Schutzmaßnahmen die finanzielle Leistungskraft der beklagten Gemeinde übersteigen würde. Ein solcher Fall wäre gegeben, wenn die Anlieger des Müllplatzes zwar nicht seine Verlegung begehren würden, sondern nur die Unterbindung der Geruchsimmissionen und die Beseitigung der Beeinträchtigung durch den Rauch, die Gemeinde aber diesem Begehren nur dadurch entsprechen könnte, wenn sie eine kostspielige Absauganlage bauen würde, die ihre finanzielle Leistungskraft überstiege. Dann müßte die Abwehrklage nach den erwähnten Urteilen vor den Verwaltungsgerichten erhoben werden.

Mit den geschilderten Grundsätzen hat die gegenwärtige Rechtsprechung für die formelle Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht im Immissionsbereich ein schwer durch-

schaubares System von Ausnahmen, Unter-
ausnahmen und Unterunterausnahmen aufge-
stellt. Die Rechtsprechung nimmt bei
Immissionsstreitigkeiten mit der öffent-
lichen Hand grundsätzlich Privatrecht an.
Ausnahmsweise soll öffentliches Recht in
Frage kommen, nämlich dann, wenn die
Nutzung des immittierenden Grundstücks
nach öffentlichem Recht geregelt ist.
Hiervon macht jedoch die Rechtsprechung
wiederum die Ausnahme, daß eine Klage auf
Anbringung von Schutzvorrichtungen auch
bei öffentlich-rechtlicher Nutzungsordnung
privatrechtlich sei. Nur die Klage auf Ein-
stellung oder Verlegung der öffentlichen
Einrichtung soll sich nach öffentlichem
Recht beurteilen. Vereinzelt wird sogar
auch dieser Grundsatz aufgespalten, und
man unterscheidet, ob die Einstellungsklage
zur Stillegung einer Verwaltungsfunktion im
ganzen Gemeindegebiet führen würde oder nur
zur Verlegung der immittierenden Einrichtung.
Im ersten Fall soll es sich um öffentliches
Recht, im zweiten um Privatrecht handeln.
Auch bei der Klage auf Anbringung von Schutz-
vorrichtungen differenziert man. An sich sieht
man in ihr eine zivilrechtliche Klage. Würden
aber die Schutzvorrichtungen die Leistungs-
fähigkeit der öffentlichen Hand übersteigen,
dann soll die Klage öffentlich-rechtlich sein.

Die nachfolgende Arbeit hat die Aufgabe zu untersuchen, ob es wirklich nötig ist, für das Immissionsrecht eine solch schwierige und differenzierte Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht beizubehalten oder ob sich öffentliches und privates Recht im Immissionsbereich nicht einfacher auseinanderhalten lassen und trotzdem eine sachgerechte Entscheidung von Immissionsstreitigkeiten möglich ist.

3. Sucht man nach einer einfachen formellen Zuordnung der fraglichen Immissionsfälle, dann bietet sich die herrschende Lehre an. Sie behandelt sämtliche Immissionsstreitigkeiten mit der öffentlichen Hand ausschließlich nach Privatrecht und kennt damit nicht die Schwierigkeiten der Rechtsprechung, öffentliches und privates Recht im Immissionsbereich voneinander abzugrenzen.

Die herrschende Lehre begründet ihre Ansicht damit, daß an den Grundstücken der öffentlichen Hand trotz öffentlicher Zweckbestimmung und auch bei öffentlich-rechtlicher Nutzungsordnung privates Eigentum bestehe. Außerdem weist die herrschende Lehre darauf hin, daß auch die Grundstücke der öffentlichen Hand wie jedes andere in die räumliche Gemeinschaft der Nachbarn eingegliedert seien. Überdies gebe es gar kein öffentliches Nachbarrecht. Nur das

Bürgerliche Gesetzbuch enthalte nachbarrechtliche Bestimmungen, wie vor allem in § 906 BGB.

Folgt man dieser Auffassung, dann müßte man freilich erwarten, daß die herrschende Lehre materiellrechtlich Abwehransprüche gegen die öffentliche Hand an § 906 BGB mißt, daß sie also aus dieser Bestimmung entnimmt, wann die Nachbarn Immissionen der öffentlichen Hand zu dulden haben und wann sie gegen die öffentliche Hand mit Erfolg eine Abwehrklage erheben können.

Tatsächlich geht auch die herrschende Lehre bei den materiellrechtlichen Erörterungen von § 906 BGB aus. Sodann jedoch meint die herrschende Lehre, daß die Duldungspflichten der Nachbarn, so wie sie sich aus § 906 BGB ergeben würden, gegenüber der öffentlichen Hand zu gering seien. Die herrschende Lehre gibt zu bedenken, daß die öffentliche Hand auf ihren Grundstücken regelmäßig die Interessen des allgemeinen Wohles verfolge. Deshalb, so sagt man, müßten die Duldungspflichten aus § 906 BGB im Verhältnis zur öffentlichen Hand gesteigert sein. Eine Abwehrklage dürfe nicht in Widerspruch zum öffentlichen Interesse stehen. Soweit es das öffentliche Interesse fordere, müsse das private Interesse an einer erfolgreichen Abwehr von Immissionen zurückweichen.

Die Immissionen seien zu dulden, auch wenn sich aus dem Wortlaut des § 906 BGB ein anderes ergebe.

Vor allem im Straßen- und Wegerecht hat sich diese Gedankenführung allgemein durchgesetzt. Obwohl man auch in diesem Rechtsgebiet § 906 BGB anwendet, betonen alle Kommentare, daß eine materiellrechtliche Beschränkung der bürgerlichen Nachbarrechte nötig sei, sonst könnte nämlich der Verkehr auf den öffentlichen Straßen mittels bürgerlich-rechtlicher Unterlassungsansprüche lahmgelegt werden. Die Nachbarn der öffentlichen Straßen müßten sich normalerweise mit Entschädigungsansprüchen abfinden. Beseitigung der Beeinträchtigungen könnten sie nicht verlangen. Nur wenn es sich um solche Einwirkungen handle, die sich durch technisch möglich Schutzvorrichtungen vermeiden ließen, könne ein Abwehranspruch gewährt werden. Dieser gehe dann auf die Errichtung der wirtschaftlich zumutbaren Schutzanlagen.

Damit tauchen auch in der Lehre ähnliche Gedanken wie in der Rechtsprechung auf. Nur daß sie jetzt nicht im formellen, sondern im materiellen Teil erörtert werden. Deshalb ist es auch der Lehre möglich, die formelle Frage einheitlich dahin zu beantworten, daß Immissionsstreitigkeiten mit der öffentlichen Hand immer Privatrecht seien.

Gewiß kennt die herrschende Lehre bei den formellen Fragen keine Schwierigkeiten und kann auch eine brauchbare materiellrechtliche Lösung anbieten, denn es läßt sich nicht leugnen, daß man der öffentlichen Hand bei der Verwirklichung ihrer Verwaltungsaufgaben einen erhöhten Schutz zusprechen muß. Dennoch muß man den Argumenten der herrschenden Lehre mit gewissen Bedenken begegnen. Wenn sie die Immissionsstreitigkeiten mit der öffentlichen Hand formell dem Privatrecht zuordnet, dann müßte sie doch die materiellrechtliche Lösung auch ausschließlich der Privatrechtsordnung entnehmen, d. h. sie müßte die Duldungspflichten der Nachbarn allein am Wortlaut und Sinngehalt des § 906 BGB messen. Das aber macht die herrschende Lehre gerade nicht, sondern sie sagt, die sich aus § 906 BGB ergebenden Duldungspflichten müßten im Verhältnis zur öffentlichen Hand gesteigert sein. Entscheidend sei, daß das öffentliche Interesse nicht durch eine private Abwehrklage beeinträchtigt werde.

Damit gibt die herrschende Lehre zu der Frage Anlaß, ob sie nicht durch die Einbeziehung des öffentlichen Interesses Immissionsstreitigkeiten mit der öffentlichen Hand in Wahrheit materiellrechtlich nach öffentlichem Recht löst und sich nur noch äußerlich auf § 906 BGB beruft. Wenn

dieser Einwand richtig ist, dann klaffen formeller und materieller Teil bei der herrschenden Lehre auseinander. Formell ordnet man die Immissionsstreitigkeiten dem Privatrecht zu, materiell löst man sie aber nach öffentlichem Recht unter Berufung auf das öffentliche Interesse.

Diese Überlegungen waren für die Anlage der nachfolgenden Arbeit von ausschlaggebender Bedeutung. Es soll in ihr versucht werden, eine Lösung zu finden, bei der formeller und materieller Teil einander entsprechen. Dieses Ziel läßt sich aber nur dadurch erreichen, daß man mit dem materiellen Teil beginnt und die formellen Überlegungen an das Ende der Arbeit stellt. Würde man nämlich, wie die herrschende Lehre, mit dem formellen Teil beginnen, dann würde man die materiellrechtliche Lösung präjudizieren. Sie müßte den Regeln desjenigen Rechtsgebiets folgen, dem man die Immissionsstreitigkeiten formell zugeordnet hat. Das könnte aber zu Ergebnissen führen, die sich sachlich nicht halten lassen. Dann aber wäre man wie die herrschende Lehre gezwungen, praeter legem eine sachgerechte Lösung zu finden. Beginnt man hingegen mit den materiellrechtlichen Erörterungen, dann läßt sich durch Vergleich des privaten mit dem öffentlichen Nachbarrecht die formelle Zuordnung der fraglichen Immissionsfälle unschwer vornehmen. Gleichzeitig zeigt sich hierbei die

Abhängigkeit des formellen Rechts vom materiellen Recht. Das formelle Recht hat dann nur noch die Aufgabe, zu der sachgerechten materiellen Rechtsordnung hinzuführen.

4. Beginnt man die Arbeit mit dem materiellen Teil, dann stößt man sogleich auf die erste Schwierigkeit. Nur das bürgerliche Recht kennt ein ausdrücklich im Gesetz niedergelegtes Nachbarrecht. Im öffentlichen Recht fehlen explizite nachbarrechtliche Vorschriften. Es muß also zunächst einmal ein öffentliches Nachbarrecht entwickelt werden, ehe dieses mit dem bürgerlichen Nachbarrecht verglichen werden kann.

Als Einstiegspunkt für die Entwicklung eines öffentlichen Nachbarrechts bietet sich das durchnormierte bürgerliche Nachbarrecht an. Im bürgerlichen Nachbarrecht findet man einen gesetzlich fixierten Abwehranspruch (§ 1004 BGB) mit genau bestimmten Voraussetzungen (§ 906 BGB) und einem in jahrzehntelanger Rechtsprechung und Lehre präzise formulierten Inhalt. Aus dem bürgerlichen Nachbarrecht werden sich deshalb bereits die ersten Aussagen für das gesuchte öffentliche Nachbarrecht entnehmen und die gestellte Aufgabe näher umreißen lassen (1).

1) 1. Kapitel A

Sodann kann die Darstellung auf das öffentliche Recht überwechseln. Obwohl es im öffentlichen Recht keine nachbarrechtlichen Bestimmungen gibt, die den durch Immissionen Betroffenen einen Abwehranspruch einräumen, kennt das öffentliche Recht doch verschiedene Rechtsschutzmöglichkeiten gegen die Beeinträchtigung durch Realakte, also auch gegen die Beeinträchtigung durch Immissionen. Es gibt Schadensersatzansprüche aus Amtspflichtverletzung und Entschädigungsansprüche aus Enteignung und Aufopferung. Rechtsprechung und Lehre haben den Folgenbeseitigungsanspruch entwickelt, der sich zwar ursprünglich nur auf die Beseitigung der Folgen eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes bezog, heute aber immer mehr zu einem allgemeinen Beseitigungsanspruch ausgeweitet wird und nach Ansicht vieler auch bei Rechtsbeeinträchtigungen durch Realakte zur Anwendung kommt. Alle diese Ansprüche müssen auf ihren Ausgangswert für den gesuchte nachbarrechtlichen Abwehranspruch, seine Voraussetzungen und seinen Inhalt hin überprüft werden (1).

Mit der Schilderung des bürgerlichen Nachbarrechts, des Folgenbeseitigungsanspruchs, des Amtshaftungsanspruchs und der Entschädigungsansprüche aus Enteignung und Aufopferung

1) 1. Kapitel B

wird die Grundlage gewonnen, auf der sich die Arbeit ausschließlich dem öffentlichen Nachbarrecht zuwenden und dessen Gesetzmäßigkeiten aufzeigen kann (1). Zunächst wird der Geltungsgrund des öffentlich-rechtlichen Abwehranspruchs gegen Immissionen dargelegt (2), im Anschluß hieran werden die Voraussetzungen des Abwehranspruchs aufgezeigt (3). Auf diese Weise bildet sich ein öffentliches Nachbarrecht heraus. Dieses kann nun mit dem privaten Nachbarrecht verglichen werden, und die fraglichen Immissionsfälle können dem sachgerechten Rechtsgebiet durch Vergleich des öffentlichen mit dem privaten Nachbarrecht zugeordnet werden (4).

1) 2. und 3. Kapitel

2) 2. Kapitel

3) 3. Kapitel

4) 4. Kapitel

Erstes Kapitel

DIE KONTUREN UND DER STANDORT DES ÖFFENTLICH-RECHTLICHEN ABWEHRANSPRUCHS GEGEN IMMISSIONEN

Im öffentlichen Recht ist nirgends ein Abwehranspruch gegen Immissionen der öffentlichen Hand ausdrücklich fixiert. Im Gegensatz dazu regelt das bürgerliche Recht in seinen nachbarrechtlichen Bestimmungen ausführlich den Rechtsschutz gegen Beeinträchtigungen durch Immissionen. § 1004 BGB gewährt einen Abwehranspruch, § 906 BGB legt dessen Voraussetzungen fest, und Rechtsprechung und Lehre haben seinen Inhalt klar umrissen. Damit bietet sich das bürgerliche Recht als Ausgangspunkt für die Entwicklung eines öffentlichen Nachbarrechts an.

A. Die Bedeutung des zivilrechtlichen
Abwehranspruchs für den negatorischen
Anspruch im öffentlichen Recht

Um das bürgerliche Nachbarrecht verstehen zu können, muß man von § 906 BGB ausgehen, der die umfassende Dispositions- und Ausschließungsbefugnis des Eigentümers enthält.

Damit der Eigentümer seine Ausschließungsbefugnis wirksam ausüben kann, gibt ihm § 1004 BGB einen Abwehranspruch gegen Eigentumsbeeinträchtigungen jeglicher Art, also auch gegen Beeinträchtigungen durch Immissionen (1).

Andererseits besagt aber die Dispositionsbefugnis des Eigentümers, daß er auf seinem Grundstück schalten und walten kann, wie er will. Somit liegt es auf der Hand, daß es zu Kollisionen dieser beiden Maximen kommen kann, wie ein Beispiel von Baur anschaulich zeigt:

"Wer um Mitternacht in seinem Garten Waldhorn bläst, erfreut sich der Idylle seines Gartens, stört aber erheblich die Ruhe, die der Nachbar sucht" (2).

-
- 1) Wird der Besitzer eines Grundstücks durch Immissionen gestört, dann ergibt sich sein Abwehranspruch aus § 862 BGB.
 - 2) Baur, Sachenrecht, S. 209

Die Dispositionsbefugnis gibt dem Waldhornbläser das Recht, auf seinem Grundstück nach Lust und Liebe zu blasen. Die Ausschließungsbefugnis dagegen ermöglicht es dem Nachbarn, das nächtliche Konzert zu unterbinden. Beides zusammen ist jedoch nicht möglich. Deshalb mußte der Gesetzgeber einen Ausgleich zwischen den beiden einander widersprechenden Befugnissen finden (1). Diese Aufgabe bewältigte der Gesetzgeber technisch dadurch, daß er den Abwehranspruch des gestörten Nachbarn in gewissen Fällen durch das sog. Nachbarrecht (§§ 906 - 912 BGB) beschränkte. So gibt es im Bürgerlichen Gesetzbuch eine Vielzahl von Einwirkungen, die man hinnehmen muß, ohne sich dagegen wehren zu können. Für unsere Darstellung interessieren aus diesem Bereich aber nur Einwirkungen durch Immissionen.

Unter Immissionen versteht man in der Rechtswissenschaft immer nur positive Einwirkungen (2), die von einem Grundstück auf ein anderes ausgehen.

Bei den Einwirkungen durch Immissionen wiederum unterscheidet man zwei Arten, nämlich die Immissionen von Ponderabilien (wägbaren Stoffen) und die Immissionen von Imponderabilien (unwägbaren Stoffen).

-
- 1) Westermann, Sachenrecht, S. 303; Meisner-Ring, Nachbarrecht, S. 187 f.
 - 2) Lent-Schwab, Sachenrecht, S. 107; Lange, Sachenrecht, S. 131

Während die Immissionen von Ponderabilien im Gesetz nicht besonders geregelt sind, enthält § 906 BGB für Einwirkungen durch Imponderabilien eine spezielle Vorschrift, die den Beeinträchtigten weitgehende Duldungspflichten auferlegen. Aus dem Umstand, daß das Gesetz zur Duldung von Ponderabilien nicht ausdrücklich verpflichtet, schließt man, daß diese in aller Regel über § 1004 BGB abgewehrt werden können (1). Die Zweckmäßigkeit dieser Lösung leuchtet sofort ein, wenn man sich ein Beispiel vor Augen hält.

Der Eigentümer eines Gartens lichtet seinen Bestand an alten Obstbäumen. Dabei fällt ein Stamm auf das Grundstück seines Nachbarn.

Selbstverständlich kann der Nachbar die Beseitigung des Baumes verlangen.

Wie der Besitzer des Obstgartens, so kann auch die öffentliche Hand in gleicher Weise ein privates Nachbargrundstück beeinträchtigen.

Die Stadtverwaltung will eine Vorortstraße verbreitern und fällt deshalb die Bäume am Straßenrand. Ein Baum fällt in einen Vorgarten.

Obwohl an dieser Stelle der Arbeit noch nichts darüber ausgesagt werden kann, ob dieser Fall

1) statt vieler: Seufert in Staudingers Kommentar, § 906 Rd.Nr. 1 g

nach Privatrecht oder nach öffentlichem Recht zu lösen und wie ein Abwehranspruch im öffentlichen Recht zu begründen ist, läßt sich jetzt schon festhalten, daß der Eigentümer des Vorgartens die Entfernung des Baumes verlangen können muß.

Schwieriger wird die Abgrenzung der gegenseitigen Dispositions- und Ausschließungsbefugnisse benachbarter Eigentümer, wenn es sich um Beeinträchtigungen durch Imponderabilien handelt. Deshalb konzentrieren sich auch nahezu alle Darlegungen zum Immissionsrecht auf den Rechtsschutz gegen Einwirkungen durch Imponderabilien (1). so daß man in einem engeren Sinne unter Immissionsrecht auch dasjenige Sachgebiet verstehen kann, das sich nur auf Immissionen durch Imponderabilien bezieht.

Grundsätzlich gilt wie bei den Imponderabilien zunächst auch hier, daß Immissionen jeglicher Art unzulässig sind (2) und deshalb über § 1004 BGB (bzw. § 862 BGB

1) z.B.: Die Dissertation von Schulte, Die gesetzliche Lösung von Interessenkonflikten im Nachbarraum durch Ausgleich, Begünstigung und Entschädigung (passim), Lange, Sachenrecht, S. 130 (vgl. Überschrift: Übermäßige Einwirkungen - Immissionen, § 906); Lent-Schwab, Sachenrecht, S. 106; Meisner-Bing, Nachbarrecht, S. 187 ff.

2) Seufert in Staudingers Kommentar, § 906 Rd.Nr. 7

abgewehrt werden können. Jedoch enthält § 906 BGB für Immissionen von Imponderabilien insoweit eine Sonderregelung, als diese in gewissem Umfange zu dulden sind, und stellt damit den erforderlichen Ausgleich zwischen den widerstreitenden Dispositions- und Ausschließungsbefugnissen her. Es ist aber zu beachten, daß das Gesetz den Begriff "Imponderabilium" selbst nicht gebraucht, sondern für den Anwendungsbereich des § 906 BGB in dessen Abs. I nur beispielhaft das Zuführen von Gasen, Dämpfen, Gerüchen, Rauch, Ruß, Wärme, Geräuschen und Erschütterungen aufzählt, ohne daß diese Aufzählung abschließenden Charakter beansprucht. Der Begriff "Imponderabilium" (unwägbarer Stoff) wird von Rechtsprechung und Lehre lediglich als vereinfachte Ausdrucksweise gebraucht (1), zumal er schon für die vom Gesetz aufgeführten Beispiele nicht genau paßt, denn zum Teil sind sie gar keine Stoffe (Wärme, Geräusche, Erschütterungen), zum Teil sind sie durchaus wägbare (Rauch, Ruß). "Maßgebend ist einerseits, daß es sich um sinnlich wahrnehmbare Immissionen handeln muß, andererseits, daß die Sinnwirkungen durch Vermittlung der Luft erfolgen (Rauch, Ruß) oder durch eine Fortpflanzung physikalischer Vor-

1) Seufert in Staudingers Kommentar, § 906 Rd.Nr. 6;
Meisner-Ring, Nachbarrecht, S. 195; RG Bd. 160, S. 381

gänge (Geräusche, Erschütterungen)" (1). Außerdem muß es sich "um verhältnismäßig kleine Körper handeln, deren völlige Fernhaltung tatsächlich unmöglich ist" (2). Schall- und Lichtwellen, die auf einem Grundstück erzeugt werden, pflanzen sich mit physikalischer Notwendigkeit auf andere Grundstücke fort, und ebensowenig lassen sich Gase und Gerüche an der Scholle festhalten. Auch der Erschütterung, welche auf dem Boden übertragen wird, läßt sich an den Grenzpfählen nicht Halt gebieten (3). Neben den vom Gesetz aufgezählten Beispielen fallen deshalb unter § 906 BGB das Eindringen von Staub, Sand, Steinsplittern, Asche, Funken, Geschossen und vielem mehr. Auch das Eindringen von Wasserstaub eines Springbrunnens erfaßt § 906 BGB (4). Für größere Gegenstände, wie umgefallene Bäume, Steine und Erdreich hingegen gilt die Duldungspflicht des § 906 BGB nicht (5); ihre Beseitigung kann in aller Regel verlangt werden.

Zulässig und deshalb zu dulden sind die Immissionen von Imponderabilien, wenn sie die Benutzung des betroffenen Grundstücks nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigen (§ 906 Abs. I BGB)

1) Seufert in Staudingers Kommentar, § 906 Rd.Nr. 6

2) derselbe, a.a.O.

3) Meisner-Ring, Nachbarrecht, S. 188

4) Zahlreiche Beispiele bei Meisner-Ring, Nachbarrecht, S. 192 ff. in den Anmerkungen 20-45

5) Meisner-Ring, Nachbarrecht, S. 195

oder aber wenn eine wesentliche Beeinträchtigung durch eine ortsübliche Benutzung des immittierenden Grundstücks herbeigeführt wird und nicht durch Maßnahmen verhindert werden kann, die wirtschaftlich zumutbar sind (§ 906 Abs. II Satz 1 BGB). Außerdem enthält § 26 GewO eine über § 906 BGB hinausgehende Duldungspflicht für gewisse gefährliche Anlagen, die mit behördlicher Genehmigung betrieben werden. Trifft keiner dieser Fälle zu, dann greift der Abwehranspruch aus § 1004 BGB (1) durch.

Dieser Abwehranspruch geht nach § 1004 Abs. I Satz 1 BGB auf Beseitigung der Beeinträchtigung, solange diese andauert oder ein Zustand gegeben ist, aus dem sich jederzeit eine neue Beeinträchtigung ergeben könnte (2). Was unter einer Beseitigung der Beeinträchtigung zu verstehen ist, hat der Rechtsprechung und der Lehre lange Zeit erhebliche Schwierigkeiten bereitet (3). Einig war man sich von Anfang an nur darüber, daß mit einer Klage aus § 1004 BGB nicht Ersatz des aus der Immission entstandenen Schadens verlangt werden kann (4).

Schadensersatz kann man nur nach den §§ 823 ff. BGB beanspruchen, die aber Verschulden voraussetzen,

-
- 1) bzw. § 862 BGB (§ 906 BGB gilt auch zwischen Besitzern, da diesen kein stärkerer Rechtsschutz als Eigentümern zugebilligt werden kann, BGH LM § 906 Nr. 1)
 - 2) Baur, Sachenrecht, S. 97
 - 3) Baur, Der Beseitigungsanspruch nach § 1004 BGB, AcP Bd. 160, S. 487 ff.; Westermann, Sachenrecht, S. 180
 - 4) BGH Bd. 28, S. 113; ihm folgend die Literatur: Degenhart in Palandt, § 1004 Anm. 5 a; Baur, Sachenrecht, S. 98 und AcP Bd. 160, S. 487; Westermann, Sachenrecht, S. 180

während für den Anspruch aus § 1004 BGB ein Verschulden des Störers nicht nötig ist. Würde der Anspruch auf Beseitigung der Beeinträchtigung auch den Ersatz des durch die Immission entstandenen Schadens erfassen, dann könnte der Betroffene Schadensersatz verlangen, ohne daß dem Störer ein Verschulden vorzuwerfen wäre. Der Kläger müßte sich für einen Schadensersatzanspruch nicht mehr auf § 823 BGB berufen, sondern könnte ihn auch aus § 1004 BGB einklagen. § 823 BGB würde im Immissionsrecht seine Bedeutung verlieren (1). Dieses Ergebnis stünde aber nach allgemeiner Meinung im Widerspruch zur Systematik des Gesetzes.

Deshalb geht nach heute herrschender Ansicht der Beseitigungsanspruch aus § 1004 BGB nur auf ein Abstellen der Einwirkungen für die Zukunft, während mit dem Schadensersatzanspruch die Herstellung des früheren Zustandes durch Beseitigung der Folgen der geschehenen Einwirkungen erstrebt werden kann (2). Westermann hat den Unterschied zwischen Schadensersatz- und Beseitigungsanspruch an folgendem, einprägsamen Beispiel demonstriert:

-
- 1) Baur, Der Beseitigungsanspruch nach § 1004 BGB, AcP Bd. 160, S. 487
 - 2) BGH Bd. 28, S. 110 ff. (insbesondere S. 113); Degenhart in Palandt, § 1004 Anm. 5 a; Westermann, Sachenrecht, S. 180; Baur a.a.O., S. 465 ff. (insbesondere S. 487 ff.)

"Auf dem Nachbargrundstück einer Gärtnerei werden Kaninchen gehalten, die durch den Zaun hüpfen und den Salat auffressen" (1).

Mit dem Beseitigungsanspruch aus § 1004 BGB kann der Gärtner nur verlangen, daß sein Nachbar den Zaun oder die Ställe so instandsetzt, daß die Kaninchen nicht mehr in die Gärtnerei laufen können. Ersatz für den vernichteten Salat bekommt der Gärtner über § 1004 BGB nicht. Hierfür muß er seine Klage auf § 823 BGB stützen und dem Nachbarn Verschulden nachweisen. Oder er kann auch aus § 833 BGB (Haftung des Tierhalters) klagen. Dann aber hat der Nachbar die Möglichkeit, den Exkulpationsbeweis nach § 833 Satz 2 BGB zu führen.

Das Beispiel von Westermann zeigt auch, daß man zur Ermittlung des Schadensersatzanspruchs das Augenmerk auf die Vergangenheit richten muß, wohingegen sich der Blick bei Ermittlung des Beseitigungsanspruchs auf die Zukunft zu richten hat. Wird Beseitigung verlangt, dann muß das Loch im Zaun geflickt werden, damit in Zukunft keine Kaninchen mehr in die Gärtnerei eindringen und den Salat fressen können. Wird Schadensersatz verlangt, dann muß man nach dem Zustand fragen, wie er vor dem Eindringen der Kaninchen bestand (§ 249 BGB). Die Antwort lautet: der Gärtner war noch im Besitz der Salatköpfe. Er kann deshalb mit Schadensersatz so gestellt werden, als ob das schädigende Ereignis nicht eingetreten sei, d. h.

1) Westermann, Sachenrecht, S. 180

er bekommt den Salat ersetzt und kann eventuell entgangenen Gewinn geltend machen.

Aus dem Beispiel von Westermann läßt sich auch noch eine terminologische Konsequenz ziehen. Das Gesetz spricht in § 1004 Abs. I BGB von "Beseitigung der Beeinträchtigung". Spricht man aber von einer "Beseitigung", dann schwingt immer die Vorstellung mit, daß eine eingetretene Veränderung zu beseitigen ist, daß der Anspruch auf Beseitigung der Einwirkungen und ihrer Folgen zielt. So gesehen, würde der Beseitigungsanspruch auch die Beseitigung des eingetretenen Schadens erfassen. Gerade das aber soll er nicht. Er soll nach der herrschenden Meinung nur weitere, zukünftige Beeinträchtigungen ausschließen. Man kann auch sagen, er soll weitere Eingriffe auf das Eigentum abwehren. Deshalb wird im Folgenden, um jedes Mißverständnis auszuschließen, der Anspruch aus § 1004 BGB Abwehranspruch, Eigentumsfreiheitsanspruch oder negatorischer Anspruch genannt. Durch die Wahl dieser Terminologie kann man sich das Klagebegehren plastischer und präziser vorstellen. Der Gärtner will ein zukünftiges Eindringen der Kainchen a b w e h r e n .

Bei Sprengungen in einem Steinbruch fliegen Felsbrocken auf das Nachbargrundstück und beschädigen dort ein Haus (1).

1) RG Bd. 162, S. 349 u. 358

Nach den obigen Ausführungen kann über § 1004 BGB nur begehrt werden, daß die Felsbrocken vom Grundstück entfernt werden, nicht aber auch, daß das beschädigte Haus wieder instand gesetzt wird. Würde man hier von Beseitigung sprechen, dann könnte man dem Fehler verfallen anzunehmen, daß nicht nur die Felsbrocken, sondern auch die Schäden am Haus zu beseitigen seien. Wählt man hier aber den Begriff Eigentumsfreiheitsklage oder negatorischer Anspruch, dann erkennt man bereits hieran, daß mit dem Anspruch aus § 1004 BGB nur die **B e f r e i u n g** des Eigentums von den Felsbrocken verlangt werden kann.

Leider machen Rechtsprechung und Lehre diese terminologischen Unterschiede nicht und gebrauchen die Begriffe Beseitigungsklage einerseits - und Abwehranspruch, Eigentumsfreiheitsklage und negatorischer Anspruch andererseits nebeneinander. Das führt immer wieder dazu, daß man Schadensersatzansprüche und Abwehransprüche miteinander vermengt und ihre dogmatische klare Trennlinie verwischt. Bei den Erörterungen zum Folgenbeseitigungsanspruch und zum Schadensersatzanspruch aus Amtspflichtverletzung wird die vorliegende Arbeit hierzu noch Stellung nehmen müssen (1).

1) siehe unten S. 30 ff. (insbesondere S. 35 ff.)
und S. 42 ff.

Nachdem nun der Inhalt des privatrechtlichen Abwehranspruchs gegen Immissionen dargelegt ist, kann gefordert werden, daß der öffentlich-rechtliche Abwehranspruch denselben Inhalt haben soll, denn das gesuchte öffentliche Nachbarrecht muß eine gewisse Verwandtschaft mit dem bürgerlich-rechtlichen aufweisen, sonst kann man es nicht als Nachbarrecht bezeichnen.

A besitzt neben einer staatlichen Forschungsanstalt eine Villa. Kurz nachdem er sie frisch verputzen ließ, beginnt die Forschungsanstalt eine längere Versuchsreihe, bei der erhebliche Mengen Rauch und Ruß entwickelt werden. Die Rußteilchen schlagen sich auf der neu getünchten Hauswand nieder.

Mit einer Abwehrklage kann A nur verlangen, daß die Experimente eingestellt werden oder, wie Baur sagt, A kann nur den actus contrarius der störenden Tätigkeit fordern (1). A kann also mit der Abwehrklage nur verhindern, daß sich weitere Rußteilchen auf seiner Mauer absetzen. Wenn er auch noch seine Wand wieder im ursprünglichen, frisch gestrichenen Zustand will, muß er seine Klage auf Schadensersatz aus Amtspflichtverletzung stützen. Möglicherweise hat er einen Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff (2).

1) Baur, Der Beseitigungsanspruch nach § 1004 BGB, AcP Bd. 160, S. 465 ff. (487 ff., insbesondere S. 489)

2) siehe unten S. 50 ff. (insbesondere S. 61 - 63)

B. Die Abgrenzung des öffentlich-rechtlichen Abwehranspruchs von ähnlichen Erscheinungen im öffentlichen Recht

Dem Zivilrecht konnte der Inhalt des gesuchten öffentlich-rechtlichen Abwehranspruchs entnommen werden. Mit diesem Ergebnis kann die Darstellung aufs öffentliche Recht überwechseln und die dort bekannten Rechtsschutzmöglichkeiten auf ihren Aussagewert für das öffentliche Nachbarrecht prüfen.

Das öffentliche Recht hält in Art. 34 GG i. V. mit § 839 BGB einen Schadensersatzanspruch bei schuldhaften Rechtsverletzungen bereit. Art. 14 Abs. III GG gewährt einen Entschädigungsanspruch bei Eingriffen in das Eigentum; daneben gibt es den Entschädigungsanspruch aus Aufopferung. Außerdem haben Rechtsprechung und Rechtslehre den Folgenbeseitigungsanspruch als Reaktion auf geschehenes Staatsunrecht entwickelt. Vielleicht können bei diesen Instituten Gesichtspunkte gefunden werden, die sich auf den negatorischen Anspruch gegen Immissionen anwenden lassen.

I. Der Abwehranspruch und der Folgenbeseitigungsanspruch

Die Habilitationsschrift von Otto Bachof (1) aus dem Jahre 1951 war der Beginn für eine lebhafte Diskussion um den Folgenbeseitigungsanspruch (2), die ihren vorläufigen Abschluß auf dem 47. Deutschen Juristentag in Nürnberg 1968 fand (3).

-
- 1) Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, Tübingen, 1951
 - 2) Hierzu vor allem: Bettermann, Zur Lehre vom Folgenbeseitigungsanspruch, DÖV 1955, S. 528 ff. und Kein Folgenbeseitigungsanspruch bei Wieder-einweisung des Räumungsschuldners?, MDR 1957, S. 130 ff. Außerdem in Bettermann-Nipperdey-Scheuner: Die Grundrechte, 3. Band, 2. Halbband, S. 779 ff. (insbesondere S. 803 ff.). Aus der Vielzahl der Dissertationen und Abhandlungen zum Folgenbeseitigungsanspruch mag es genügen, in diesem Zusammenhang einige wenige anzuführen, die für die vorliegende Arbeit einschlägig sind.
Dissertationen:
Hantke, Die öffentlich-rechtliche Beseitigungsklage; Müller, Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche im Verwaltungsrecht; Rösslein, Der Folgenbeseitigungsanspruch; Hoffmann, Der Abwehranspruch des Bürgers gegen rechtswidrige hoheitliche Realakte;
Abhandlungen:
Ringe, Zur Unterlassungs- und Beseitigungsklage bei Verwaltungsakten und einfachen Verwaltungshandlungen, DVBl. 1958, S. 378 ff.; Obermayer, Zur Rechtsstellung des Nachbarn im Baurecht und zum Folgenbeseitigungsanspruch, JuS 1963, S. 110 ff.; Franke, Der Folgenentschädigungsanspruch - Folgenbeseitigungsanspruch durch Entschädigung, VerwArch., Bd. 57, S. 357 ff.; Schleich, Zur Systematik der öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigung, AöR, Bd. 92, S. 58 ff.; Bartlsperger, Die Folgen von Staatsunrecht als Gegenstand der Gesetzgebung, NJW 1968, S. 1697 ff;
Thema: Empfiehlt es sich, die Folgen rechtswidrigen hoheitlichen Verwaltungshandelns gesetzlich zu regeln (Folgenbeseitigung - Folgenentschädigung)?

Bachof hatte den Folgenbeseitigungsanspruch ursprünglich für die Beseitigung der Vollzugsfolgen eines rechtswidrigen, durch gerichtliches Urteil aufgehobenen Verwaltungsaktes konzipiert (1). Das Charakteristische an dem Folgenbeseitigungsanspruch Bachofs ist, daß dem Bürger als Folge einer behördlichen Entscheidung ein Schaden entstanden ist und ein Gericht die behördliche Entschlie-ßung als fehlerhaft aufhebt.

Damit konnte Bachof seinen Folgenbeseitigungsanspruch in Parallele zum Schadensersatzanspruch wegen eines aufgehobenen vorläufig vollstreckbaren Urteils nach der Zivilprozeßordnung setzen. Er schreibt: "Darüber hinaus mag aber darauf verwiesen werden, daß auch das Zivilprozeßrecht von ähnlichen Gedanken-
gängen beherrscht wird. Nach § 717 Abs. II ZPO hat derjenige, der aus einem vorläufig vollstreckbaren Urteil vollstrecken läßt, im Falle der Aufhebung oder Abänderung des Urteils den aus der Vollstreckung entstandenen Schaden des Beklagten zu ersetzen. Das gleiche gilt nach § 945 ZPO für den aus der Erwirkung eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung entstandenen Schaden, wenn sich deren Anordnung als ungerechtfertigt erweist oder wenn sie aufgehoben wird. Auch die Bestimmungen über die Schadensersatzpflicht in § 302 Abs. IV ZPO für

1) Bachof, a.a.O., S. 114 ff., S. 129 ff.

den Fall der Aufhebung eines unter Vorbehalt der Aufrechnung und in § 600 Abs. II ZPO für den Fall der Aufhebung eines im Urkundenprozeß unter Vorbehalt der Ausführung der Rechte des Beklagten erlassenen Urteils sind hierher zu rechnen. Man wird in diesen Bestimmungen den Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens finden können, wonach derjenige, der eine vorläufige Entscheidung auf die Gefahr einer späteren Aufhebung hin vollstreckt oder vollstrecken läßt, den dadurch einem Dritten entstandenen Schaden zu ersetzen hat." (1).

Durch den Hinweis auf die Zivilprozeßordnung ist Bachofs Folgenbeseitigungsanspruch ein echter Ersatzanspruch, der auf Naturalrestitution geht (2).

Würde man den nachbarrechtlichen Anspruch gegen Immissionen genauso ausgestalten, dann wäre er kein Abwehranspruch mehr mit Blick auf die Zukunft. Das Beispiel von der staatlichen Forschungsanstalt, die Rauch und Ruß emittiert, soll dieses in Erinnerung bringen (3). Wollte man hierauf den Bachof'schen Anspruch anwenden, dann müßte der Nachbar nicht nur verlangen können, daß weitere Immissionen eingestellt werden, sondern auch, daß seine verrußte Wand neu verputzt wird, denn nur dann werden die Folgen der Immission beseitigt, und es ist der

1) Bachof, a.a.O., S. 128

2) derselbe, a.a.O., S. 129 f.

3) siehe oben S. 28

ursprüngliche Zustand in natura wiederhergestellt. Damit aber würde man das Postulat aufgeben, nach welchem der öffentlich-rechtliche Anspruch gegen Immissionen denselben Inhalt wie der privatrechtliche haben soll. Durch dieses Postulat jedoch gewinnt der öffentlich-rechtliche Immissionsschutzanspruch seine Verwandtschaft mit dem nachbarrechtlichen Anspruch des Bürgerlichen Gesetzbuches und wird somit zu einem echten nachbarrechtlichen Anspruch.

Des Weiteren kommt hinzu, daß Bachof seinen Folgenbeseitigungsanspruch als echten Vollzugsfolgenbeseitigungsanspruch versteht, einen Anspruch also, der einen rechtswidrigen Verwaltungsakt voraussetzt. Im Gegensatz hierzu werden Immissionsbeeinträchtigungen durch *R e a l a k t e* hervorgerufen, welchen kein Verwaltungsakt vorauszugehen braucht. Damit unterscheidet sich der gesuchte Abwehranspruch nicht nur in seinem Inhalt, sondern auch in seinen Voraussetzungen grundlegend vom Folgenbeseitigungsanspruch Bachofs.

Bereits wenige Jahre, nachdem Bachofs Werk erschienen war, hat Bettermann in einem Aufsatz einen Folgenbeseitigungsanspruch in die rechtliche Diskussion eingeführt, der nicht nur bei Verwaltungsakten, sondern auch bei sonstigen Amtshandlungen angewendet werden kann (1).

1) Bettermann, Zur Lehre vom Folgenbeseitigungsanspruch, DÖV 1955, S. 528 ff.

Dieser Folgenbeseitigungsanspruch erfaßt also auch Rechtsbeeinträchtigungen durch Realakte (1), wozu ja Immissionen zählen.

Zur Rechtfertigung seines Anspruchs greift Bettermann auf den bürgerlich-rechtlichen Anspruch aus § 1004 BGB zurück (2). Er sieht in § 1004 BGB den Niederschlag eines allgemeinen Rechtsgedankens und ist der Auffassung, daß es ein Gebot der Gerechtigkeit sei, diesen Gedanken auch auf das öffentliche Recht zu übertragen. Das Gebot, rechtswidrige Beeinträchtigungen zu beseitigen, bestehe nicht weniger für den Staat als Träger der öffentlichen Gewalt wie für den Bürger im Verhältnis zu seinen Mitbürgern, wenn, wie es nach dem Grundgesetz der Fall ist, der Staat nicht weniger als der Bürger an Gesetz und Recht gebunden sei (3).

Da der Anspruch Bettermanns auch bei Beeinträchtigungen durch Immissionen gilt, ist zu überlegen, ob man sich nicht seiner Meinung anschließen sollte. Dann wäre der gesuchte Anspruch gefunden und der materielle Teil der Arbeit könnte an dieser Stelle abbrechen. Hiergegen sprechen aber einige Bedenken.

1) Bettermann, DÖV 1955, S. 535 und MDR 1957, S. 151

2) derselbe, DÖV 1955, S. 534

3) derselbe, DÖV 1955, S. 535

Bettermann findet seinen öffentlich-rechtlichen Anspruch durch einen Rückgriff auf das Zivilrecht. Den Rückgriff rechtfertigt er allein aus dem Gebot der Gerechtigkeit. Demgegenüber wäre es aber doch vorzuziehen, eine solche Ableitung mit speziellen Gründen zu stützen.

Außerdem begreift Bettermann seinen Folgenbeseitigungsanspruch nicht lediglich als negatorischen Abwehranspruch, der zukünftige Beeinträchtigungen ausschließen soll; er versteht ihn vielmehr zugleich als einen wiederherstellenden Anspruch, einen Anspruch also, der soweit das noch möglich ist, den alten Zustand wiederherstellen soll (1). Das läßt sich deutlich an dem Beispiel mit der staatlichen Forschungsanstalt dartun, wenn man es leicht abwandelt.

Der Nachbar der Forschungsanstalt betreibt in seinem frisch verputzten Haus eine Gaststätte, die vor allem von Durchreisenden und von Sonntagsausflüglern besucht wird. Nachdem durch den Rauch der Forschungsanstalt die Fassade des Hauses geschwärzt ist, geht der Umsatz der Gaststätte zurück.

Mit dem Folgenbeseitigungsanspruch Bettermanns kann der Gastwirt verlangen, daß die Immissionen eingestellt werden und daß sein Haus neu getüncht wird. Nur den entgangenen Gewinn durch das Fernbleiben der Gäste bekommt er über den Folgenbe-

1) Bettermann, DÖV 1955, S. 534 unter Berufung auf RG Bd. 148, S. 114 ff. (insbesondere S. 123)

seitigungsanspruch nicht ersetzt. Wenn er auch Ersatz für den entgangenen Gewinn will, muß er aus Amtshaftung klagen. Mit einem echten negatorischen Anspruch dagegen könnte der Gastwirt nur die Immissionen abwehren; er könnte aber nicht verlangen, daß seine Hauswand getüncht wird. Ersatz für den entgangenen Gewinn (§ 252 BGB) bekäme er selbstverständlich auch nicht.

Im Ergebnis hat der Bettermann'sche Anspruch denselben Inhalt wie der Vollzugsfolgenbeseitigungsanspruch Bachofs, ist aber auch auf Realakte ausgedehnt. Wenn Bettermann diesen allgemeinen Beseitigungsanspruch durch einen Rückgriff auf das Zivilrecht gewinnen will, so kann ihm dabei nicht gefolgt werden, denn die Zivilrechtsdogmatik versteht den Anspruch aus § 1004 BGB als rein negatorischen Abwehranspruch (1).

Faßt man die Meinungen Bettermanns und Bachofs zusammen, dann läßt sich Folgendes festhalten:

Es mag richtig sein, daß man gegen die Folgen eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes mit einem wiederherstellenden Folgenbeseitigungsanspruch vorgehen kann. Diesen Anspruch mag man auch mit Bachof durch einen Hinweis auf einige Vorschriften

1) zur Kritik an der Meinung Bettermanns:
Bender im Referat auf dem 47. DJT, S. 13 f.;
Rüfner in der Diskussion, S. 67 f. und M. Hoffmann ebenfalls in der Diskussion, S. 69

der Zivilprozeßordnung rechtfertigen. Doch dieses interessiert für die vorliegende Arbeit nicht. Wichtig ist nur, daß sich die Gedanken Bachofs nur auf die Vollzugsfolgen eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes anwenden lassen und nicht auf Beeinträchtigungen durch Realakte übertragen werden können.

Bettermann will die Erkenntnisse Bachofs auf jegliches staatliche Handeln ausdehnen, sei es, daß es sich in einem Verwaltungsakt, sei es, daß es sich in einem Realakt äußert. Er begründet die Ausweitung mit einem Rückgriff auf das Bürgerliche Gesetzbuch. Damit gibt Bettermann eine wertvolle Anregung, die im Kapitel über die Rechtfertigung des Abwehranspruchs gegen Immissionen weiter verfolgt werden soll (1). Vor allem wird dort zu prüfen sein, ob sich ein stichhaltigeres Argument als die bloße Berufung auf das Gebot der Gerechtigkeit (2) finden läßt, um den Rückgriff auf das Privatrecht übernehmen zu können. Sollte sich ein solches Argument finden lassen, dann muß der Anspruch gegen Immissionsbeeinträchtigungen als negatorischer Abwehranspruch verstanden werden und nicht als wiederherstellender Beseitigungsanspruch, denn die herrschende Meinung im Zivilrecht versteht den Anspruch aus § 1004 BGB als reinen Abwehranspruch mit Zielrichtung auf die Zukunft (3). Deshalb konnte Bettermann seine

1) 2. Kapitel (insbesondere S. 78 ff.)

2) siehe oben S. 34

3) hierzu oben S. 23-28

abweichende Auffassung zum öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigungsanspruch auch nur mit einer einzigen Entscheidung des Reichsgerichts belegen, die offenkundig von der heute überwiegenden Meinung in der Zivilrechtsdogmatik abweicht (1). Der wesentliche Satz dieser Reichsgerichtsentscheidung geht merkwürdigerweise dahin, daß der Anspruch aus § 1004 BGB in die Vergangenheit wirke und deshalb wiederherstellend sei (2).

Im Anschluß an Bachof und Bettermann folgten eine Vielzahl von Aufsätzen und Monographien, die den Folgenbeseitigungsanspruch zum Gegenstand hatten (3). Ihnen ist allen gemeinsam, daß sie dem Anspruch wiederherstellenden Charakter beimessen.

Weyreuther hat im Gutachten zum 47. Deutschen Juristentag die gängigsten Formulierungen knapp und übersichtlich zusammengestellt (4): Die Skala reicht von der schlichten Wiederkehr der Bezeichnung selbst ("... die Folgen beseitigen, die ... entstanden sind") über die Beseitigung

1) Bettermann, DÖV 1955, S. 534 und RG Bd. 148, S. 114 ff.

2) RG a.a.O., S. 123

3) siehe oben S. 30, Fn 2

4) Weyreuther, a.a.O., S. 19 f.

der "hervorgerufenen", der "fortdauernden", der "unmittelbar tatsächlichen" Folgen hin bis zur Pflicht, "die Tatsachenlage an die Rechtslage anzugleichen", "den geschaffenen Zustand zu beseitigen", "den Zustand herbeizuführen, "der bei richtiger Rechtsanwendung ... von vornherein bestanden hätte".

Diese Zusammenstellung verdeutlicht noch einmal, daß der Folgenbeseitigungsanspruch nicht wie der Abwehranspruch aus § 1004 BGB auf die Zukunft gerichtet ist, sondern wiederherstellenden Inhalt mit Blick auf die Vergangenheit hat. Dabei soll dieser wiederherstellende Anspruch nicht nur bei Rechtsbeeinträchtigungen durch die Folgen eines Verwaltungsaktes, sondern auch bei Einwirkungen durch hoheitliche Realakte zum Zuge kommen. Damit stellt sich an dieser Stelle wiederum die Frage, die bereits im Anschluß an Bettermanns Ansicht aufgeworfen wurde: Hat es wirklich noch einen Sinn, im öffentlichen Recht nach einem negatorischen Anspruch gegen Immissionen zu forschen, obwohl doch mit dem Folgenbeseitigungsanspruch nicht nur eine Abwehr zukünftiger Beeinträchtigungen, sondern überdies eine Beseitigung bereits geschehener Beeinträchtigungen erreicht werden kann (1)?

Die Frage muß bejaht werden, und zwar aus denselben Gründen, aus welchen sie im Anschluß an die

1) Beispiel: Forschungsanstalt, oben S. 35 f.

Wiedergabe der Meinungen von Bachof und Bettermann bejaht wurde. Das Referat Benders auf dem 47. Deutschen Juristentag hat erbeben, daß es berechtigt sein mag, gegen die Folgen eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes einen wiederherstellenden Reaktionsanspruch einzuräumen (1). Was aber die Anerkennung eines Beseitigungsanspruchs gegen Realakte anbelangt, so konnte bis heute noch kein "rechtsdogmatisch tragfähiges Fundament nachgewiesen werden" (2). Der wiederherstellende Beseitigungsanspruch gegen Realakte ist "bisher noch keineswegs der Sphäre des Zweifels entwachsen" (3). Auch Rösslein mußte in seiner Monographie über den Folgenbeseitigungsanspruch einleitend feststellen, daß in allen entscheidenden Fragen die Meinungen auseinandergehen.

Bender spricht sich deshalb in seinem Referat dafür aus, in Parallele zum zivilrechtlichen Abwehranspruch aus § 1004 BGB auch im öffentlichen Recht einen negatorischen Abwehranspruch gegen Realakte anzuerkennen, der sich

1) Bender, Referat zum 47. DJT, S. 13 f.

2) derselbe, a.a.O., S. 14

3) Bender, a.a.O., S. 14; vgl. auch Rösslein, Der Folgenbeseitigungsanspruch, S. 79

4) Rösslein, a.a.O., S. 13

"nur und ausschließlich" gegen die fort-dauernde störende Einwirkung selbst richtet, aber nicht auch die "Beseitigung von noch so mißlichen Folgen der störenden Einwirkung" erfaßt (1).

Bei diesem vorläufigen Diskussionsstand erscheint es gerechtfertigt, die Suche nach einem negatorischen Anspruch und seinem Geltungsgrund im öffentlichen Recht fortzusetzen. Dabei wird sich freilich aus den Schriften zum Folgenbeseitigungsanspruch für die Rechtfertigung des gesuchten Abwehranspruchs manche wertvolle Erkenntnis ziehen lassen.

1) Bender, Referat zum 47. DJT, S. 11

II. Der Abwehranspruch und der Amtshaftungsanspruch

Bei der Schilderung des bürgerlichen Nachbarrechts und des Folgenbeseitigungsanspruchs wurde auch immer wieder der Schadensersatzanspruch erwähnt. So wurde gezeigt, daß der Gastwirt, dessen Hauswand durch den Rauch der staatlichen Forschungsanstalt geschwärzt wurde, Ersatz für den entgangenen Gewinn nur über einen Schadensersatzanspruch erlangen kann (1). Allein schon hierin unterscheidet sich der Schadensersatzanspruch vom gesuchten negatorischen Abwehranspruch. Trotzdem erübrigt es sich nicht, auf das Verhältnis des Schadensersatzanspruchs aus Amtspflichtverletzung zum negatorischen Anspruch im öffentlichen Recht gesondert einzugehen.

Die Zivilrechtsdogmatik kennt nicht nur die gesetzlich fixierten Fälle einer actio negatoria, also den Anspruch aus § 1004 BGB bei Verletzungen des Eigentums, den Anspruch aus § 862 BGB bei Besitzstörungen und den Anspruch aus § 12 BGB bei Eingriffen in das Namensrecht. Von der Rechtsprechung und der Literatur ist für das bürgerliche Recht ein allgemeiner Abwehranspruch aner-

1) siehe oben S. 35 f.

kannt, der bei Beeinträchtigung j e d e s absoluten Rechts zum Zuge kommt (1).

Zunächst wollte man diesen allgemeinen Abwehranspruch, der im Gesetz keine Grundlage findet, mit dem Gebot der Gerechtigkeit begründen (2). Später berief man sich auf Wohnheitsrecht (3).

In jüngster Zeit jedoch entnimmt man diesen allgemeinen Abwehranspruch den Vorschriften des Deliktrechts (§ 823 ff. BGB) (4). Man weist darauf hin, daß die Anknüpfung an das Recht der unerlaubten Handlungen deshalb nahe liege, weil der allgemeine Abwehranspruch ausnahmslos zur Voraussetzung habe, daß durch eine Handlung, die objektiv einen der gesetzlichen Tatbestände des zivilen Unrechts erfülle, ein der Rechtsordnung widersprechender Zustand bereits geschaffen sei, der eine Quelle fortdauernder Beeinträchtigungen darstelle. So wie das tatbestandsmäßige Unrecht, das dem Handelnden subjektiv vorgeworfen werden könne, also schuldhaft geschehen sei, die Folge einer Schadensersatzpflicht auslöse, so habe es, wenn die subjektive Vorwerfbarkeit fehle, doch wenigstens die Folge eines Abwehranspruchs. Es könne nicht Ersatz des

1) z.B. des Unternehmens oder der Persönlichkeit: RG Bd. 148, S. 123; Bd. 163, S. 214; BGH NJW 1958, S. 1043

2) so die unter Fn. 1 zitierten Urteile

3) Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, S. 1010

4) Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, 2. Bd., S. 479 f.

vollen Schadens verlangt werden, sondern es könne mit diesem Abwehranspruch nur erreicht werden, daß sich geschehenes Unrecht nicht wiederhole oder fortsetze.

Damit gewinnt der Unrechtstatbestand für die Zivilrechtsdogmatik eine zweifache Bedeutung:

Sind sämtliche Voraussetzungen eines Deliktstatbestandes erfüllt, liegt also auch Schuld vor, dann kann der Verletzte auf Schadensersatz klagen.

Ist ein Deliktstatbestand aber nur objektiv erfüllt, fehlt es also an Vorsatz und Fahrlässigkeit, während alle objektiven Tatbestandsmerkmale erfüllt sind, dann steht dem Verletzten zwar kein Schadensersatz-, aber immerhin ein Abwehranspruch zu.

Interessant an dieser zivilrechtlichen Lösung ist, daß man den allgemeinen Abwehranspruch nicht aus § 1004 BGB herleitet, sondern aus dem Deliktsrecht. Im öffentlichen Recht gibt es keinen gesetzlich fixierten Abwehranspruch, es gibt aber einen Schadensersatzanspruch aus Amtspflichtverletzung (Art. 34 GG i. V. mit § 839 BGB). Wenn sich im öffentlichen Recht die im Zivilrecht vorgefundene Gedankenführung nachvollziehen läßt, dann könnte man den gesuchten öffentlich-rechtlichen Abwehranspruch gegen Immissionen dem Amtshaftungsrecht entnehmen.

Freilich muß eine Besonderheit des Schadensersatzanspruchs aus Amtspflichtverletzung beachtet werden, durch welche sich dieser grundlegend vom deliktischen Anspruch des bürgerlichen Rechts unterscheidet. Das Amtshaftungsrecht basiert auf zwei Bestimmungen, Art. 34 GG und § 839 BGB.

Art. 34 GG legt nämlich in seinem Satz 1 als Rechtsfolge einer Amtspflichtverletzung nicht die Schadensersatzpflicht der öffentlichen Hand fest, sondern nur deren Verantwortlichkeit. Anders ausgedrückt, Art. 34 GG regelt nur, wem die Rechtsfolgen einer Amtspflichtverletzung zuzurechnen sind, ohne selbst etwas über die Rechtsfolgen auszusagen (1). Die Rechtsfolgen einer Amtspflichtverletzung sind in § 839 BGB niedergelegt, der bei einer Amtspflichtverletzung einen Schadensersatzanspruch gegen den handelnden Beamten auslöst (§ 839 Abs. I Satz 1 BGB). In Art. 34 GG wird die Haftung des Beamten aus § 839 BGB vom Staat übernommen. Art. 34 GG begründet somit keine eigene Staatshaftung, sondern verlagert lediglich die Passivlegitimation eines ursprünglich gegen den Beamten gedachten Anspruchs auf den Staat (2). Art. 34 GG bedeutet eine Haftpflichtigkeit des Staates nur in dem Sinne, daß eine nach

1) Bettermann, DÖV 1955, S. 530

2) derselbe, ebenda; Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 295 ff.; Wolff, Verwaltungsrecht, Bd. I, S. 444

§ 839 BGB den Beamten s e l b s t t r e f f e n d e Haftung vom Staat übernommen wird (1).

Aus dem Umstand, daß es sich beim Schadensersatzanspruch aus Amtspflichtverletzung ursprünglich um eine Eigenhaftung des Beamten handelt, die nur vom Staat übernommen wird, zieht man für den Inhalt des Anspruchs eine wichtige Folgerung:

Ein Amtshaftungsanspruch kann nur auf das gehen, was der schuldhaft handelnde Beamte selbst zu leisten vermag, und zwar unabhängig vom Weiterbestehen des Beamtenverhältnisses (2). Man sagt auch, die begehrte Leistung muß der Beamte im eigenen Namen und auf eigene Rechnung erbringen können (3). Wenn also aus Amtspflichtverletzung geklagt wird, hat man sich vorzustellen, daß der betreffende Beamte wegen seiner Amtspflichtverletzung aus dem Beamtenverhältnis ausscheidet. Er muß nun als Privatperson, die keinen Einfluß auf die Amtsführung hat, den entstandenen Schaden ersetzen. Als Privatperson jedoch kann der Beamte niemals eine Amtshandlung vornehmen oder anordnen; eine Amtshandlung kann nicht mögliche Eigenleistung eines Beamten sein (4). In aller Regel hat

1) Bachof, Vornahmeklage, S. 116 f.; Rupp, NJW 1961, S. 811

2) zuerst Bachof (Vornahmeklage, S. 116 f.) unter Berufung auf die Rechtsprechung des RG; dann die unter Fn. 1 und 2 auf S. 45 und Fn. 1 auf Seite 46 genannten Autoren; ebenso BGH NJW 1961, S. 658 ff. (insbesondere S. 660)

3) Bettermann, DÖV 1955, S. 529

4) Weyreuther, Gutachten zum 47. DJT, S. 56

der Beamte selbst nur die Möglichkeit, den Schaden durch Geld zu ersetzen. Deshalb geht nach allgemeiner Meinung ein Amtshaftungsanspruch grundsätzlich nur auf Geldersatz (1). Diese Pflicht zum Geldersatz übernimmt in Art. 34 GG der Staat.

Klagt also im Beispiel mit der staatlichen Forschungsanstalt (2) der Gastwirt aus A m t s - p f l i c h t v e r l e t z u n g , weil er der Ansicht ist, daß der Leiter rücksichtslos die rauchenden und rußenden Experimente angeordnet habe, dann kann ihm nach dem Gesetz nur ein Geldersatz für die verrußte Wand und den entgangenen Gewinn zugesprochen werden. Über Art. 34 GG i. V. mit § 839 BGB kann er jedoch weder die Einstellung der Experimente erreichen, noch daß der Staat selbst seine Wand frisch tünchen läßt. Natürlich wird eine erfolgreiche Amtshaftungsklage realiter dazu führen, daß die Experimente aufgegeben werden. Doch das steht nicht im Gesetz. Anders ist es beim zivilrechtlichen Schadensersatzanspruch. Dieser geht grundsätzlich auf eine Herstellung des status quo in natura (§ 249 Satz 1 BGB). Danach kann der Gläubiger die Herstellung des Zustandes verlangen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre.

1) Luhmann, Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet, S. 85
2) siehe oben, S. 28 und S. 35 f.

Mit dem gesuchten öffentlich-rechtlichen Abwehranspruch sollen weitere Immissionen unterbunden werden. Um dem zu entsprechen, ist eine Amtshandlung des Beklagten erforderlich. In irgend einer Weise muß eine Änderung in der Amtsführung vorgenommen werden. Es mag sein, daß es genügt, wenn Schutzmaßnahmen getroffen werden (1). Es kann aber auch sein, daß die immittierende Tätigkeit eingestellt werden muß. Schließlich ist es sogar denkbar, daß sich die öffentliche Hand gezwungen sieht, ihre Einrichtung an einen anderen Ort zu verlegen. Mit dem Abwehranspruch wird also immer eine Naturalleistung begehrt, eine Leistung, die der verantwortliche Beamte nach seinem Ausscheiden aus dem Beamtenverhältnis selbst nicht erbringen könnte.

Der Amtshaftungsanspruch ist ein Geldanspruch, dem die Vorstellung möglicher Eigenleistung des handelnden Beamten zugrunde liegt, während der Abwehranspruch ein Naturalanspruch ist, der auf Vornahme einer Amtshandlung zielt.

Wegen dieser Eigenart des öffentlich-rechtlichen Amtshaftungsanspruchs kann man daher nicht wie im Privatrecht von einem Schadensersatzanspruch zu einem allgemeinen Abwehranspruch gelangen. Somit führt vom öffentlich-rechtlichen Schadensersatzanspruch kein Weg zu einem mit dem Zivilrecht ver-

1) so könnte z.B. die Forschungsanstalt den Kamin erhöhen

gleichbaren allgemeinen Abwehranspruch.

Indessen spielt in anderer Hinsicht das Verhältnis von Abwehranspruch und Amtshaftungsanspruch noch eine Rolle. § 839 Abs. III BGB bestimmt, daß die Ersatzpflicht aus Amtshaftung nicht eintritt, wenn der Verletzte schuldhaft unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden. Hat demnach der durch Immissionen Betroffene eine ihm mögliche Abwehrklage nicht erhoben, dann kann er später keinen Amtshaftungsanspruch geltend machen (1).

1) Zu dieser Frage wird in späterem Zusammenhang noch einmal ausführlicher Stellung genommen (siehe unten S. 61 f.)

III. Der Abwehranspruch und die Entschädigung nach Enteignungsgrundsätzen

Einhelligkeit besteht darüber, daß der Abwehranspruch nicht auf den Rechtsgedanken der Enteignung zurückgeführt werden kann (1). Die Entschädigung nach Enteignungsgrundsätzen bewirkt und bezweckt nicht die Verhinderung weiterer rechtswidriger Einwirkungen, sondern Ausgleich des Schadens, der dem durch einen staatlichen Eingriff Betroffenen entstanden ist (2). Das Problem liegt im Verhältnis der beiden Ansprüche zueinander und insbesondere darin, ob der Entschädigungsanspruch gegenüber dem Abwehranspruch subsidiär ist.

Voraussetzung für eine Konkurrenz des Abwehranspruchs mit dem Entschädigungsanspruch ist jedoch, daß bei rechtswidrigen Immissionen nicht nur ein Abwehranspruch, sondern auch eine Entschädigung nach Enteignungsgrundsätzen in Betracht kommt.

-
- 1) Für eine solche Ableitung lassen sich auch keine Belege finden. (So ebenfalls Weyreuther, Gutachten zum 47. DJT, S. 57)
- 2) Bettermann, JÖV 1955, 529

1. Der Anwendungsbereich des Entschä-
digungsrechts nach der Rechtsprechung
des Bundesgerichtshofs

Unter Enteignung versteht man auch heute noch nur diejenigen auf eine Entziehung oder Beschränkung von Eigentum (Vermögensrechten und wirtschaftlichen Rechtspositionen) der Bürger gerichteten, durch Gesetz oder Verwaltungsakt bewirkten Eingriffe des Staates, die zum Wohle der Allgemeinheit einem einzelnen oder einer engeren Gruppe ein Sonderopfer im Vergleich zur Gesamtheit auferlegen. Der Eingriff muß bei der Enteignung stets rechtmäßig sein (1).

a) Die Erstreckung des Enteignungsrechts
auf rechtswidrige Eingriffe

Mit dem bekannten "Erst-recht-Schluß" (2) billigte der Große Zivilsenat in seinem grundlegenden Beschluß vom 9/10. 6. 1952 (3) eine Entschädigung auch dann zu, wenn ein rechtswidriger Eingriff in die Rechtssphäre des einzelnen erfolgt ist, der sich

1) statt vieler: vgl. Scheuner, JuS 1961, S. 244 und 247; Lerche, JuS 1961, S. 237

2) "mindestens" in BGH Bd. 6, S. 290

3) BGH Bd. 6, S. 270 ff. (insbesondere S. 290 ff.)

auch im Falle seiner Rechtmäßigkeit als Enteignung erweisen würde. Wiederum unter Inanspruchnahme des "Erst-recht-Schlusses" wurde dann der enteignungsgleiche Eingriff auf schuldhaft-rechtswidrige Akte erstreckt (1). Immer noch mußte sich aber der Eingriff wenigstens nach Inhalt und Wirkung als Enteignung darstellen, d. h. die Opfergrenze mußte tatsächlich überschritten werden. Aber auch das gilt nicht mehr uneingeschränkt. Der Bundesgerichtshof sieht jetzt bei rechtswidrigen Eingriffen das Sonderopfer bereits allein in der Rechtswidrigkeit (2). Ist der Eingriff rechtswidrig, dann liegt nach Auffassung des Bundesgerichtshofs ein Sonderopfer selbst dann vor, wenn der Eingriff im Falle seiner Rechtmäßigkeit lediglich eine hinzunehmende Inhaltsbeschränkung des Eigentums bedeuten würde.

Damit ist der erste Berührungspunkt mit dem Tatbestand des negatorischen Abwehranspruchs gegen Immissionen gegeben, denn ein solcher Abwehranspruch kann nur bei einer **r e c h t s w i d r i g e n** Einwirkung auf das Eigentum in Betracht kommen.

1) BGH Bd. 7, S. 296 und 297 f.

2) BGH Bd. 32, S. 208; BGH NJW 1965, S. 1912

b) Die Erstreckung des Enteignungs-
rechts auf Nebenfolgen

Die Feststellung, daß Entschädigung auch bei rechtswidrigen Eingriffen auf das Eigentum zu gewähren ist, genügt noch nicht, um ein Konkurrenzverhältnis zwischen dem gesuchten Abwehranspruch und dem Entschädigungsanspruch anzunehmen. Sicherlich verlangt ein Abwehranspruch immer eine rechtswidrige Beeinträchtigung. Es geht aber in der vorliegenden Arbeit um einen Abwehranspruch gegen eine ganz spezielle Art von Einwirkungen, nämlich Einwirkungen durch Immissionen. Immissionen wiederum sind in aller Regel nicht beabsichtigt, sondern Nebenfolgen staatlichen Handelns. Ein typisches und immer wieder zitiertes Beispiel für eine solche Nebenfolge ist der fehlgegangene Schuß (1).

Bei Schießübungen der Bundeswehr verirren sich hin und wieder Kugeln auf ein benachbartes Feld. Der Eigentümer wagt es deshalb nicht mehr, sein Feld zu bestellen (2).

Hier handelt es sich eindeutig um Immissionen auf das Feld des Bauern. Deshalb kommt hier auch der gesuchte Abwehranspruch in Betracht. Wie steht es

-
- 1) statt vieler: Wolff, Verwaltungsrecht, Bd. I, S. 415 mit weiteren Literaturnachweisen
2) Beispiel entnommen: RG Bd. 55, S. 55

aber mit einem Entschädigungsanspruch? Ursprünglich wurde ja Entschädigung nur bei gezielten Eingriffen gewährt (1). Ähnlich wie im Schießplatzfall verhält es sich auch beim nächtlich bellenden Gefängnishund (2), beim übel riechenden Zoo (3) oder Müllplatz (4) und bei der rußenden Forschungsanstalt (5). Da es sich immer um Immissionen handelt, könnte ein negatorischer Abwehranspruch gegeben sein, wobei es vorerst dahingestellt beliben mag, worin sein Geltungsgrund zu sehen ist und wie seine Voraussetzungen im einzelnen ausgestaltet sind. Fraglich ist jedoch, ob auch ein Entschädigungsanspruch nach Enteignungsgrundsätzen zum Zuge kommen kann.

Mit Rücksicht auf den von Haus aus finalen Begriff des "Eingriffs" hat der Bundesgerichtshof bei den geschilderten Sachverhalten lange gezögert, eine Entschädigung aus dem Gesichtspunkt des enteignungsgleichen Eingriffs, geschweige denn einer Enteignung zuzubilligen (6): Als Eingriffe könnten nur Maßnahmen angesehen werden, die sich unmittelbar gegen ein Vermögensrecht richten, so daß für lediglich mittelbare, d. h. ungewollte oder rein zufällige Nebenfolgen hoheit-

1) vgl. Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 320

2) siehe oben S.

3) siehe oben S.

4) siehe oben S. 4

5) siehe oben S. 28 und 35

6) BGH DÖV 1965, S. 203

lichen Handelns eine Entschädigung nach dem Enteignungsrecht nicht in Betracht komme (1).

Neuerdings gibt jedoch der Bundesgerichtshof beim enteignungsgleichen Eingriff das Erfordernis der Finalität mehr und mehr auf. Nachdem er zunächst das Kriterium der Gezieltheit entweder umgangen oder einfach unbeachtet und unerwähnt gelassen hat, hat er im Urteil vom 15. 3. 1962 (2) hierzu ausdrücklich Stellung genommen. Für die Annahme eines "Eingriffs" im enteignungsrechtlichen Sinne genüge es, daß eine hoheitliche Maßnahme "unmittelbare" Auswirkungen auf das Eigentum im Sinne des Enteignungsrechts habe (3). Das Erfordernis der "Unmittelbarkeit" bedeutet jetzt aber nicht mehr "Gezieltheit". Es will nur noch bloße Fernwirkungen ausschließen (4). Staatliche Maßnahmen können zu endlosen Schadensketten führen, durch das Erfordernis der Unmittelbarkeit soll eine grenzenlose Ausweitung der

-
- 1) BGH Bd. 12, S. 57 und Bd. 23, S. 235
Zum Teil hat der BGH hier mit einem unechten Aufopferungsanspruch gearbeitet (BGH Bd. 16, S. 374; dazu die Rezension von Schack, JuS 1963, S. 263 ff.). Auch in der Literatur rechnet man vielfach diese Fälle dem Aufopferungsanspruch zu (Wolff, Verwaltungsrecht, Bd. I, S. 415; Janssen, NJW 1962, S. 939).
Forsthoff sieht hierin einen Anwendungsfall der öffentlich-rechtlichen Gefährdungshaftung (Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 332 ff. und S. 320).
- 2) BGH Bd. 37, S. 44 ff. (insbesondere S. 47)
- 3) ebenso: BGH in DÖV 1964, S. 100 und BGH in DÖV 1965, S. 203
- 4) BGH, LM Nr. 76 zu Art. 14 GG

staatlichen Verantwortlichkeit verhindert werden. Zwischen Maßnahme und Schaden muß eine gewisse Nähe bestehen. Jede Haftungskette muß irgendwo abbrechen (1). Soweit der Schaden nicht eine Fernwirkung des staatlichen Handelns ist, soll allein noch maßgebend sein, ob die Vermögensverletzung zu der für einen enteignenden Eingriff typischen Sonderopferlage geführt hat (2). Damit können jetzt auch hoheitliche Tathandlungen, die unbeabsichtigt schädliche Nebenwirkungen hervorrufen, einen Entschädigungsanspruch auslösen.

In einer neueren Entscheidung hat der Bundesgerichtshof eindeutig klargestellt, daß bei Immissionen ein Entschädigungsanspruch aus enteignungsgleichem Eingriff gegeben sein kann (3).

Dem Pächter eines landwirtschaftlichen Grundstücks entstanden durch die erhebliche Staubentwicklung beim Bau einer benachbarten Autobahn beträchtliche Mehrkosten für die Bestellung seines Feldes.

Der Bundesgerichtshof führte hierzu aus: "Wenn die Arbeiten als hoheitliche Maßnahmen der öffentlichen Hand zu werten sind, dann wurde durch sie im Sinne des Enteignungsrechts in das dem

1) hierzu Wagner NJW 1966, S. 570 und S. 571 f.

2) zur Rspr.: Wagner NJW 1966, S. 569 ff.; Kröner DVB1. 1969, S. 157 ff. (159)

3) BGH DVB1. 1967, S. 883 ff.

Kläger als Pächter an den betreffenden Äckern zustehende Recht ... in enteignender Weise eingegriffen. Denn von diesen hoheitlichen Maßnahmen gingen unmittelbare beeinträchtigende Auswirkungen auf das Eigentum des Klägers ... aus. Das aber genügt zur Annahme eines enteignungsgleichen Eingriffs" (1).

Es mag dahingestellt bleiben, ob es sich hier tatsächlich um hoheitliche Maßnahmen handelt, jedenfalls stellt sich damit die Frage nach dem Verhältnis des Entschädigungsanspruchs zum Abwehranspruch in aller Schärfe. Beide müssen nämlich bei gleicher Sachlage in Erwägung gezogen werden.

1) BGH, DVBl. 1967, S. 884; ebenso Berliner Villenfall: BGH Bd. 48, S. 46 ff.
Die Frage, ob öffentliches oder Privatrecht vorliegt, muß an dieser Stelle noch offengelassen werden.

2. Das Verhältnis von Abwehr- und Entschädigungsanspruch

Sofern die Immissionen rechtmäßig sind, scheidet ein Abwehranspruch gegen sie aus, und es ist Entschädigung zu leisten, wenn die Opfergrenze überschritten wird.

Aber auch bei rechtswidrigen Einwirkungen gibt der Bundesgerichtshof einen Entschädigungsanspruch unabhängig davon, ob der Betroffene vor Eintritt des Schadens einen ihm möglichen Abwehranspruch erhoben hatte.

Die Literatur folgt zum Teil dem Bundesgerichtshof, zum Teil lehnt sie dessen Rechtsprechung entschieden ab.

Einige Autoren vertreten die Auffassung, daß weder die Entstehung noch die Geltendmachung eines Anspruchs auf Entschädigung aus enteignungsgleichem Eingriff davon abhängen, ob der Betroffene zuvor

1) ausführliche Belege: Heidenhain, Amtshaftung und Entschädigung aus enteignungsgleichem Eingriff, S. 172 f. Fn. 22; zum BGH bzgl. des Verhältnisses Entschädigungsrecht - Folgenbeseitigungsanspruch: Luhmann, Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet, S. 101

einen Anspruch auf Beseitigung der rechtswidrigen Beeinträchtigung geltend gemacht habe (1). Wenn die Behörde behaupte, eine Maßnahme sei rechtmäßig, könne vom Bürger nicht verlangt werden, daß er sie mit Rechtsmitteln angreife (2). Es entspreche einem allgemein anerkannten Grundsatz, daß der Bürger bei fehlerhaften Staatsakten ein Wahlrecht bei der Geltendmachung seiner Rechte habe. Er könne also wählen, ob er eine Abwehrklage erheben oder ob er sich mit einer Entschädigung begnügen will(3). Der Betroffene müsse wenigstens entschädigungsrechtlich auf die Definitivität der staatlichen Entscheidung bauen können (4).

Die Gegenmeinung will entweder § 254 BGB (5) oder § 839 Abs. III BGB (6) auf den Entschädigungsanspruch analog verwenden. Für die Anwendung spreche, daß die Interessenlage bei Ent-

-
- 1) Heidenhain, Amtshaftung und Entschädigung aus enteignungsgleichem Eingriff, S. 92 f., Kuschmann, NJW 1966, S. 574; Lerche, JuS 1961, S. 237 ff. (insbesondere S. 242); Luhmann, Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet, S. 86 ff. (Die Subsidiarität der Entschädigungshaftung habe gegenwärtig nur rechtspolitische Bedeutung)
 - 2) Kuschmann, NJW 1966, S. 575
 - 3) Kuschmann, NJW 1966, S. 575
 - 4) Lerche, JuS 1961, S. 242
 - 5) OLG Celle, NJW 1964, S. 559
 - 6) Haas, System, S. 60 ff.; Konow, DÖV 1966, S. 327 ff.; Jaenicke, Gefährdungshaftung im öffentlichen Recht?, VVDStRL Bd. 20, S. 157; Debelius, ... enteignungs-gleicher Eingriff, S. 69-80 (insbesondere S. 72-74)

schädigungs- und Amtshaftungsansprüchen weitgehend gleich sei (1). Die Abwehrklage sei geeignet, eine Beeinträchtigung zu verhindern und damit eine Schadensabwendung zu erreichen (2). Mache der Betroffene von seinem Abwehrrecht keinen Gebrauch, so sei es nicht gerechtfertigt, ihm einen Entschädigungsanspruch zuzubilligen. Art. 14 GG fordere eine gerechte Abwägung der Interessen der Allgemeinheit und des Betroffenen. Lege dieser ein ihm mögliches Rechtsmittel nicht ein, dann müsse diese Interessenabwägung zu seinen Ungunsten ausschlagen (3). Abwehranspruch und Entschädigungsanspruch seien also nicht beliebig auswechselbar oder kumulierbar, sondern der Entschädigungsanspruch sei subsidiär gegenüber dem Abwehranspruch (4).

Bei Art. 14 Abs. III GG handelt es sich um einen gesetzlich fixierten Fall der Opferentschädigung, der sich auf den alten polizeistaatlichen Grundsatz des "Dulde und liquidiere" zurückführen läßt (5). Dementsprechend hat Art. 14 Abs. III GG primär die rechtmäßige Enteignung im Auge. Diese muß man hinnehmen, bekommt dafür aber eine Entschädigung zugebilligt. Mit der Entschädigung wird

1) Konow, DÖV 1966, S. 328

2) Debelius, Die Struktur des Anspruchs aus einem rechtswidrigen enteignungsgleichen Eingriff, S. 74

3) OLG Celle, NJW 1954, S. 559

4) Jaenicke, Gefährdungshaftung im öffentlichen Recht?, VVDStRL Heft 20, S. 157

5) Wolff, Verwaltungsrecht, Bd. I, S. 412 f.

vom Staate der Belastete in seiner Opfersituation anerkannt (1).

Eine Ausweitung der Entschädigung nach Enteignungsgrundsätzen auf rechtswidrige Nebenfolgen muß ebenfalls am Bild der Opfersituation orientiert sein. Im Gegensatz zu den rechtmäßigen Einwirkungen, die auf jeden Fall zu dulden sind und deshalb immer eine Opfersituation begründen, wenn sie nur entsprechend schwerwiegend sind, kommt bei rechtswidrigen Eingriffen ein Abwehranspruch in Betracht. Kann aber der Betroffene eine Einwirkung abwehren, dann befindet er sich nicht in einer Opferlage, für die er entschädigt werden müßte. Man muß deshalb derjenigen Lehrmeinung zustimmen, die § 254 BGB oder § 839 Abs. III BGB entsprechend auf die Entschädigung nach Enteignungsgrundsätzen anwenden will und darf einen Opferanspruch nur dann zubilligen, wenn der Verletzte nicht vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Erhebung eines Abwehranspruchs abzuwenden.

In einem regnerischen Frühjahr beginnt der Staat mit dem Bau eines Autobahnstückes. Der Sommer wird sehr trocken, und bei den Erdarbeiten entstehen erhebliche Mengen Staub. Man unterläßt es jedoch, die Staubentwicklung durch Sprengen mit Wasser zu verhindern. Ein Bauer muß erkennen, daß wegen der Staubablagerungen die Saat auf seinem Feld verkümmert. Obwohl er weiß,

1) Weyreuther, Gutachten zum 47. DJT, S. 60

daß eine rasche Unterbindung des Staubes die Ernte noch retten könnte, entschließt er sich zu keinen Schritten gegen die Bauverwaltung. Auf dem Nachhauseweg bleibt sein Traktor stehen. Es stellt sich heraus, daß aus demselben Anlaß der Motor völlig verstaubt ist. Als im Herbst die ganze Ernte ausfällt, will der Bauer nun doch gerichtliche Schritte unternehmen (1).

Nach § 839 Abs. I Satz 1 BGB kann der Bauer grundsätzlich Ersatz des ganzen ihm entstandenen Schadens aus Amtspflichtverletzung verlangen, wenn die Baubehörde schuldhaft unterlassen hat, anzuordnen, daß die Baustelle bei Trockenheit gesprengt wird. § 839 Abs. III BGB bestimmt jedoch, daß die Schadensersatzpflicht dann nicht eintritt, wenn der Bauer selbst den Schaden schuldhaft durch ein Rechtsmittel nicht abgewendet hat. Der Bauer wußte genau, daß sich die Ernte retten läßt, wenn die Staubentwicklung durch Wasserberieselung eingedämmt wird. Er ging trotzdem gegen die Staubimmissionen nicht vor. Deshalb kann er jetzt nachträglich auch nicht Ersatz für den Ernteausfall verlangen. Anders ist es mit den Reparaturkosten für den Traktor. Die Verstaubung des Motors konnte der Bauer nicht vorhersehen und darum auch keine Gegenmaßnahmen ergreifen. Folglich bekommt er die Reparaturkosten für den Motor ersetzt.

Neben einem Amtshaftungsanspruch kann der Bauer auch einen Entschädigungsanspruch (2) nach Ent-

1) Beispiel in Anlehnung an BGH DVBl 1967, 883 ff-
2) so neuere Rechtspr. des BGH (wie auf S. 51 - 57 dargestellt)

eignungsgrundsätzen erheben, denn ein solcher kommt auch bei Rechtsbeeinträchtigungen durch die Nebenfolgen staatlichen Handelns in Frage. Voraussetzung ist aber, daß dem Bauern durch die Immissionen ein unzumutbares Sonderopfer auferlegt wurde. Beim Schaden am Traktor ist das nicht zu bezweifeln. Hierfür steht dem Bauern ein Entschädigungsanspruch aus enteignungsgleichem Eingriff zu. Was hingegen den Ernteausfall betrifft, so kann man hier von einem Sonderopfer nicht sprechen. Ein Opfer kann nämlich nur dann angenommen werden, wenn man eine Einwirkung erdulden muß und sich nicht zur Wehr setzen kann (1). Der Bauer hatte aber die Möglichkeit den Ernteschaden abzuwenden. Deswegen kann er für diesen keine Entschädigung beanspruchen.

Das Beispiel hat gezeigt, daß man mit guten Gründen der Lehrmeinung folgt, die den Rechtsgedanken des § 839 Abs. III BGB auf das Enteignungsrecht überträgt (2). Wie die Schadensersatzpflicht aus Amtshaftung tritt auch die Entschädigungspflicht nach Enteignungsgrundsätzen dann nicht ein, wenn der Verletzte vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden.

1) vgl. oben S. 60 f.

2) vgl. oben S. 59 f.

Zweites Kapitel

DER GELTUNGSGRUND DES ÖFFENTLICH- RECHTLICHEN ABWEHRANSPRUCHS GEGEN IMMISSIONEN

Ein Abwehranspruch gegen Immissionen kommt nur dann in Frage, wenn durch diese das Eigentum rechtswidrig beeinträchtigt wird, während rechtmäßige Einwirkungen auf das Eigentum zu dulden sind.

Im Gegensatz zum Zivilrecht, das in § 1004 BGB eine ausdrückliche Bestimmung enthält, nach welcher eine objektiv rechtswidrige Eigentumsverletzung einen subjektiven Abwehranspruch auslöst, fehlt im öffentlichen Recht eine solche Vorschrift. Natürlich kennt auch das öffentliche Recht verschiedene Reaktionsansprüche auf staatliches Unrecht, wie etwa den Amtshaftungsanspruch; ein negativer Abwehranspruch jedoch ist in ihm nicht *expressis verbis* fixiert.

Im Folgenden muß deshalb untersucht werden, ob trotz Fehlens einer speziellen Norm dem öffentlichen Recht ein negatorischer Anspruch entnommen werden kann, der bei rechtswidrigen Eigentumsbeeinträchtigungen durch Realakte der öffentlichen Hand durchgreift.

Vor eine ähnliche Problematik sah sich die rechtswissenschaftliche Literatur gestellt, als sie versuchte, den Geltungsgrund des Folgenbeseitigungsanspruchs darzulegen (1), denn auch der Folgenbeseitigungsanspruch knüpft an eine rechtswidrige Beeinträchtigung an. Der negatorische Abwehranspruch unterscheidet sich jedoch vom Folgenbeseitigungsanspruch darin, daß er nicht wiederherstellenden Charakter hat, sondern in die Zukunft weist (2). Außerdem findet der Folgenbeseitigungsanspruch seinen Hauptanwendungsbereich beim Vollzug rechtswidriger Verwaltungsakte (3), während sich der gesuchte Abwehranspruch gegen Realakte richten soll.

Gemeinsam ist beiden Ansprüchen jedoch, daß sie eine im materiellen Recht nicht ausdrücklich fixierte Reaktion gegen Verletzungen objektiven Rechts durch die öffentliche Hand darstellen.

1) siehe hierzu oben S. 30 Fn. 2

2) vgl. oben S. 32 f. und 35 f.

3) so vor allem Bachof, vgl. oben S. 33

Gerade in jüngster Zeit wurde die Frage nach den gesetzlich nicht geregelten Reaktionsrechten des Bürgers gegen Verletzungen objektiven Rechts durch den Staat viel erörtert (1), so daß man den Eindruck gewinnen könnte, diese Problematik sei erst mit dem Inkrafttreten des Grundgesetzes entstanden. In Wahrheit handelt es sich indes um eine Fragestellung, die wesentlich älter ist. Bereits um die Jahrhundertwende schrieb Georg Jellinek hierüber ein eingehendes Werk (2), das als der Durchbruch zu einer generellen Anerkennung subjektiver Rechte gegen Staatsunrecht bezeichnet werden kann. Auf diesem Werk Georg Jellineks fußen alle späteren Darlegungen; sie sind ohne seine Monographie undenkbar.

Deshalb muß man, wenn man im öffentlichen Recht einen Abwehranspruch nachweisen will, mit den Gedanken Georg Jellineks einsetzen.

-
- 1) hierzu wiederum oben S. 30 Fn. 2 und auch die Diskussion zum 47. DJT in Verhandlungen zum siebenundvierzigsten Deutschen Juristentag, Band II, Sektion I
 - 2) Georg Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 1. Aufl., 1892. Im Folgenden wird jedoch die 2. Aufl. von 1905 zitiert.

A. Objektives Recht und subjektiver Anspruch

I. Die Lehre Georg Jellineks vom status negativus

Georg Jellinek fügte dem objektiv verstandenen Gesetzmäßigkeitsprinzip eine subjektive Komponente hinzu, die den Staatsbürgern eine umfassende Freiheitssphäre einräumt. Diese Freiheitssphäre kann der durch einen staatlichen Übergriff Betroffene vor Gericht verteidigen. Die subjektive Komponente des Gesetzmäßigkeitsprinzips gewann Georg Jellinek, indem er von der Zweckbeziehung der Normen des öffentlichen Rechts ausging (1). Dabei unterscheidet er zwischen solchen Normen, die nur das Gemeininteresse ins Auge fassen und solchen Normen, die auch im Interesse bestimmter Individuen geschaffen wurden.

Von jedem Satz des objektiven Rechts sei selbstverständlich, daß er staatlichen Zwecken dienen müsse, also im Gemeininteresse gegeben sei (2).

1) Georg Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, S. 68

2) derselbe, a.a.O., S. 69

Indem nun die Rechtssätze des öffentlichen Rechts im Gemeininteresse den staatlichen Organen ein bestimmtes Tun oder Unterlassen gebieten, könne das Resultat dieser Aktion oder Nichtaktion bestimmten Individuen zugute kommen, ohne daß die Rechtsordnung beabsichtige, die Rechtssphäre gerade dieser Personen zu erweitern; in solchen Fällen könne man nur von einer Reflexwirkung des objektiven Rechts reden (1).

Nun erkenne die Rechtsordnung aber unter gewissen Voraussetzungen auch Individualinteressen an; nicht alle Rechtssätze seien ausschließlich im Gemeininteresse gegeben. Es lasse sich vielmehr ein ausgedehntes Gebiet von Rechtsnormen nachweisen, die den überwiegenden Zweck haben, individuellen Interessen zu dienen (2). Gerade das Vorhandensein einer Verwaltungsgerichtsbarkeit sei der Beweis für die Anerkennung des Individualinteresses (3), denn hierdurch werde das öffentliche Recht in den Dienst individuellen Interesses gestellt. Wollte man dieses leugnen, dann dürfte es statt der verwaltungsgerichtlichen Klage nur eine Verwaltungsbeschwerde geben. Wenn aber der einzelne mit der Verwaltungsklage Normen des öffentlichen Rechts in Bewegung setzen könne, dann müsse eine gesunde juristische Erkenntnis hieraus auch auf Ansprüche schließen, die bestimmten Einzelpersonen zustehen (4).

1) Georg Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, S. 69 f.

2) derselbe, a.a.O., S. 70 und 79

3) derselbe, a.a.O., S. 79, 80 und 102

4) derselbe, a.a.O., S. 79 und 80

Somit erfahre durch die Gewährung individueller Rechtsmittel der Rechtskreis des einzelnen eine Bereicherung. Diese rechtlich geschützte Freiheitssphäre bezeichnet Georg Jellinek als *s t a t u s n e g a t i v u s* (1). Das Wesentliche an diesem status negativus ist, daß der einzelne einen Anspruch auf dessen Anerkennung hat (2). Im Falle der Bestreitung oder Störung in einer bestimmten Richtung könne auf dem Wege der Rechtsbeschwerde dieser Freiheitsbereich geltend gemacht und die Aufhebung der störenden staatlichen Handlung verlangt werden (3).

Aus den Erkenntnissen Georg Jellineks läßt sich folgern, daß gegen eine Beeinträchtigung des status negativus durch eine Immission der öffentlichen Hand ein Reaktionsanspruch gegeben sein muß.

Georg Jellinek hat sich jedoch nicht zur Gestalt des Reaktionsanspruchs geäußert, so daß vorerst noch offen bleiben muß, wie die Reaktion gegen eine rechtswidrige Immission beschaffen ist, ob sie also gemäß dem Postulat dieser Arbeit negatorischen Charakter hat oder vielleicht doch wiederherstellend ist.

Außerdem gibt Georg Jellinek kein klares Kriterium zur Abgrenzung des individuellen Interesses schützen-

1) Georg Jellinek, a.a.O., S. 94 ff.

2) derselbe, a.a.O., S. 105

3) derselbe, a.a.O., S. 106

den status negativus von den bloßen Reflexen objektiven Rechts. Er schreibt, daß ein Eingriff in den Freiheitsbereich noch nicht unbedingt einen Reaktionsanspruch auszulösen brauche; nur eventuell ergäben sich subjektive Reaktionsansprüche (1). Man kann also unter Zugrundelegung der Auffassung Georg Jellineks aus dem Umstand, daß jemand rechtswidrig durch eine Immission betroffen wird, noch nicht unbedingt schließen, daß ihm auch ein Reaktionsanspruch zustehen müsse.

Es ging Georg Jellinek auch gar nicht darum, die Voraussetzungen und den Inhalt subjektiver Rechte im einzelnen zu schildern. Er wollte nur die Erkenntnis vermitteln, daß eine Verletzung objektiven Rechts unter gewissen Voraussetzungen einen noch näher zu bestimmenden Reaktionsanspruch auslösen kann, ohne daß dieser im materiellen Recht ausdrücklich fixiert sein muß. Damit aber hat Georg Jellinek die Basis geschaffen, auf der eine Suche nach einem Abwehranspruch gegen Immissionen der öffentlichen Hand erst sinnvoll wird, denn ein solcher Abwehranspruch ist ja gerade in den Verwaltungsgesetzen nicht ausdrücklich niedergelegt. Dennoch ist er, wie Georg Jellinek aufgezeigt hat, denkbar.

1) hierzu Rupp, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, S. 111 und W. Henke, Das subjektive öffentliche Recht, S. 36

II. Die Lehre vom status negativus unter dem Grundgesetz

Viele Bestimmungen des Grundgesetzes deuten auf die Lehre Georg Jellineks vom status negativus hin:

Die Würde des Menschen ist für unantastbar erklärt (Art. 1 Abs. I GG), man bekennt sich zu einer freiheitlich demokratischen Grundordnung (Art. 18, 20 Abs. I und 21 GG), der Staat ist an Gesetz und Recht gebunden (Art. 20 Abs. III und 28 Abs. I GG), ein umfassender Grundrechtsteil steht am Anfang der Verfassung (Art. 1 - 19 GG), und für jedermann, der sich durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt fühlt, ist der Rechtsweg eröffnet (Art. 19 Abs. IV GG).

Unter Berufung auf diese Verfassungsbestimmungen spricht man heute unbestritten dem einzelnen Bürger eine geschützte persönliche Sphäre gegenüber dem Staate zu, die der Bürger bei einer Verletzung auch vor Gericht verteidigen kann (1). Damit hat das Grundgesetz der Lehre Georg Jellineks vom status negativus zur allgemeinen Anerkennung verholfen.

1) hierzu die im Folgenden zitierten Autoren

Die vom Grundgesetz garantierte Freiheit bedeutet ein individuelles Freisein von staatlichen Beeinträchtigungen. Bachof faßt die heutige Rechtslage treffend zusammen: "Soweit es sich um die objektivrechtlich gewährte oder gewährleistete Freiheits-sphäre des einzelnen handelt, kann die Freiheit in einem Staatswesen, das sich zum Primat der Freiheit bekennt und in dem nicht das Freisein von staatlichem Zwang, sondern die staatliche Beschränkung der Freiheit einer besonderen Legitimation bedarf (Art. 2 Abs. I, 20 Abs. III GG), niemals bloßer Reflex objektiven Rechts sein. (1)" Im gleichen Sinne hebt Rupp hervor, daß der einzelne in einer freiheitlichen Rechtsordnung in seiner Individualität der beherrschende Orientierungspol allen Rechts ist (2).

Das aber bedeutet, daß die Ausübung der staatlichen Funktionen nicht allein den Interessen der Allgemeinheit dient, sondern gerade auch zugunsten des einzelnen erfolgt, sofern dieser von der staatlichen Tätigkeit betroffen wird. Deshalb hat der einzelne auch grundsätzlich ein subjektives öffentliches Recht auf eine normgerechte Erfüllung oder aus einer normwidrigen

-
- 1) Bachof, Reflexwirkungen und subjektive Rechte im öffentlichen Recht, S. 287 ff. (insbesondere S. 301)
 - 2) Rupp, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, S. 175 f.

Nichterfüllung staatlicher Funktionen (1). Die Bindung der Verwaltung an das Gesetz dient der Freiheit des einzelnen. Ihre Garantie in der Verfassung ist nicht Selbstzweck, sondern ein Instrument, die Rechts- und Freiheitssphäre des einzelnen zu schützen (2).

Es kann also unter dem Grundgesetz von einer allgemeinen materiellen Grundnorm ausgegangen werden, die besagt, daß der einzelne Staatsbürger einen Anspruch auf Freiheit von ungesetzlichem Zwang hat (3). Wird der Bürger in seiner Rechtssphäre widerrechtlich verletzt, dann steht ihm ein Reaktionsanspruch zu, ohne daß dieser ausdrücklich gesetzlich niedergelegt sein müßte.

Georg Jellinek hat die Frage, wann eine Norm des objektiven Rechts im Interesse des einzelnen geschaffen ist und ihm deshalb eine individuelle Freiheitssphäre einräumt, noch offen gelassen. Hier brachte nun das Grundgesetz einen Fortschritt. Aus dem Grundgesetz ergibt sich die Vermutung, daß grundsätzlich jeder Akt, durch den ein einzelner betroffen wird, zugleich seinen individuellen Freiheitsbereich berührt. Nur ausnahmsweise können Beeinträchtigungen als Reflexwirkungen objektiven Rechts betrachtet werden. Das bedeutet, daß eine

1) Rupp, Grundfragen der heutigen Verwaltungslehre, S. 176

2) Rösslein, Der Folgenbeseitigungsanspruch, S. 69

3) Naumann, Vom vorbeugenden Rechtsschutz im Verwaltungsprozeß, S. 398; Menger, Der Schutz der Grundrechte in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 733; Bettermann, Der Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit, S. 804; Wolff, Verwaltungsrecht, Bd. I., S. 374; Obermayer, JuS 1963, S. 8.

Beeinträchtigung durch eine Immission prinzipiell auch eine Beeinträchtigung des status negativus darstellt. Wie aber steht es mit den Ausnahmen? Kann es nicht sein, daß eine Immission einmal lediglich als Reflex zu betrachten ist, gegen welchen es keinen Reaktionsanspruch gibt?

Die Beantwortung dieser Frage ergibt sich aus den Grundrechtsbestimmungen. Die Grundrechte gehören auf jeden Fall dem status negativus an. Sie sind subjektive Rechte "par excellence" (1). Da nun aber Immissionen immer Einwirkungen auf das Eigentum sind und das Eigentum in Art. 14 Abs. 1 GG als Grundrecht geschützt wird, stellt eine Immission stets eine Einwirkung auf den status negativus dar und ist deshalb auch immer geeignet, einen Reaktionsanspruch auszulösen.

Freilich darf man hierbei nicht übersehen, daß eine Einwirkung auf den status negativus noch nicht auch eine Verletzung dieses status bedeuten muß. Ein Reaktionsanspruch aber kann nur entstehen, wenn die Einwirkung den status negativus zugleich verletzt. Alle Immissionen berühren das Eigentumsgrundrecht und damit den status negativus. Aber nur gewisse Immissionen verletzen ihn auch und lösen einen Reaktionsanspruch aus. Wann eine Immission in den status negativus eingreift, und wann sie ihn nur berührt, wird in einem besonderen Kapitel untersucht (2).

1) Dürig in Maunz-Dürig, Art. 1 Rd. Nr. 96; Rupp, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, S. 108 und 176.
2) Kapitel!

Hier kommt es nur auf die Feststellung an, daß Immissionen unter noch näher zu bestimmenden Voraussetzungen den status negativus verletzen und deshalb einen Reaktionsanspruch auslösen.

Georg Jellinek hatte sich noch nicht dazu geäußert, welchen Inhalt der durch eine Verletzung des status negativus hervorgerufene Abwehranspruch hat (1). Mit dem Argument, daß die Reaktion in der Umkehrung des verletzenden Unrechtsaktes bestehen müsse, wird in der neueren Literatur dem Reaktionsanspruch überwiegend wiederherstellender Charakter zugesprochen. Wenn der Staat oder ein anderer Träger öffentlicher Gewalt in deren Ausübung jemanden in seiner Rechtsstellung widerrechtlich beeinträchtigt, so habe er die Beeinträchtigung zu beseitigen und natürlich zukünftige Beeinträchtigungen zu unterlassen (2).

Zu recht hat sich vor allem Weyreuther in seinem Gutachten zum 47. Deutschen Juristentag gegen eine solche Argumentation gewandt. Er weist darauf hin, daß die Reaktionen der Rechtsordnung auf geschehenes Unrecht viel zu subtil und differenziert seien, als daß man den Inhalt des allgemeinen Reaktions-

1) siehe oben S. 69

2) Bettermann, Der Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit, S. 804; Menger, Der Schutz der Grundrechte in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 733; Obermayer, JuS 1963, S. 113

anspruchs aus status-Verletzungen einfach durch eine Umkehrung des Unrechtsakts ermitteln könnte (1). Hinzu kommt noch, daß ein wiederherstellender Beseitigungsanspruch in Wahrheit ein Schadensersatzanspruch besonderer Ausprägung ist (2). Das Gesetz aber will, daß Schadensersatz nur nach Maßgabe der Vorschriften des Amtshaftungsrechts zu gewähren ist, wenn nicht eine besondere Regelung hiervon eine Ausnahme zubilligt.

Bachof fand diese besondere Regelung für seinen Vollzugsfolgenbeseitigungsanspruch in den Bestimmungen der Zivilprozeßordnung über die Gewährung von Schadensersatz bei einer Vollstreckung aus einem vorläufig vollstreckbaren Urteil (3). Er übertrug diese Vorschriften ins öffentliche Recht und konnte deshalb seinem Anspruch wiederherstellenden Charakter beilegen.

Ähnlich wie Bachof verfuhr Rupp bei der Ermittlung des Inhalts des materiellen Reaktionsanspruchs bei status-Verletzungen durch einen Verwaltungsakt (4). Er entnahm den Inhalt dieses

1) Weyreuther, Gutachten zum 47. DJT, S. 29; ebenso: Bachof, Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht, S. 261 f.; Martens, Öffentlich-rechtliche Probleme des negatorischen Rechtsschutzes gegen Immissionen, S. 95; vgl. auch das Referat von Bender zum 47. DJT, S. 9 und das von Haas S. 34

2) siehe oben S. 23-28

3) siehe oben S. 30-32

4) Rupp, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, S. 174 und 249 ff.

Anspruchs den Vorschriften über die Anfechtungsklage. Wie aus § 113 Abs. I VwGO geschlossen werden müsse, habe der mit einer Anfechtungsklage geltend gemachte Anspruch die Aufhebung eines angefochtenen Verwaltungsaktes zum Ziele. Es sei dabei unerheblich, daß der Richter die Aufhebung des Verwaltungsaktes unmittelbar selbst ausspreche und nicht den Anspruchsgegner zur Aufhebung verurteile. Die unmittelbare Aufhebung durch den Richter entspreche nur prozeß- und vollstreckungsökonomischen Überlegungen. Wenn Gegenstand des Reaktionsanspruchs ein Verwaltungsakt ist, so gehe der Anspruch auf Aufhebung der verletzenden Maßnahme. Inhaltlich handle es sich also in diesem Falle um einen Beseitigungsanspruch (1).

Wendet man die Gedankengänge von Bachof und Rupp auf die zur Diskussion stehenden Immissions-sachverhalte an, dann stellt sich die Aufgabe, eine Norm des geltenden Rechts, die einen Reaktionsanspruch gegen rechtswidrige Beeinträchtigungen enthält, analog auf Immissionen der öffentlichen Hand anzuwenden. Nur auf diesem Wege kann eine präzise Aussage über den gesuchten Anspruch gegen Immissionsbeeinträchtigungen gewonnen werden.

1) Rupp, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, S. 254

B. Die Übertragung des § 1004 BGB
ins öffentliche Recht

I. Die zivilrechtliche actio
negatoria als Ausdruck eines
allgemeinen Rechtsgedankens

Bettermann sieht in § 1004 BGB einen geeigneten Anknüpfungspunkt, um den Inhalt des Reaktionsanspruchs gegen Realakte der öffentlichen Hand, also auch gegen Immissionen zu bestimmen (1). Es ist jedoch dabei zu beachten, daß Bettermann im Gegensatz zur absolut vorherrschenden Meinung in der Zivilrechtsdogmatik die bürgerlich-rechtliche actio negatoria des § 1004 BGB nicht als Abwehrklage, sondern als Beseitigungsklage versteht (2). Den Rückgriff auf das Privatrecht begründet Bettermann mit folgenden Überlegungen: Für das Zivilrecht habe das Reichsgericht aus den Bestimmungen der §§ 1004, 862 und 12 BGB einen allgemeinen Anspruch auf Beseitigung rechtswidriger Rechtsbeeinträchtigungen abgeleitet (3). Diese Ausweitung des Beseitigungsanspruchs habe das Reichsgericht vor allem auf das Gebot der Gerechtigkeit gestützt, das generell die Beseitigung widerrechtlicher Beeinträchtigungen ohne

1) vgl. oben S. 34

2) vgl. oben S. 35 f.

3) Bettermann, DÖV 1955, S. 534

Rücksicht auf die Verschuldensfrage ver-
lange (1). Nun gelte aber das Gebot der
Gerechtigkeit für den Staat als Träger
öffentlicher Gewalt nicht weniger, als
für irgend einen Privatmann (2). Hieraus
müsse man schließen, daß der Reaktionsan-
spruch gegen Verletzungen des status nega-
tivus im öffentlichen Recht wiederherstel-
lenden Inhalt habe.

Wie Bachof und Rupp so hat auch Bettermann
seinen Reaktionsanspruch gegen Realakte
durch eine Analogie (3) zu einem gesetzlich
fixierten Anspruch des geltenden Rechts ge-
funden.

Durch den Rückgriff auf das Privatrecht ist
es möglich, dem öffentlich-rechtlichen Re-
aktionsanspruch einen eindeutigen Inhalt zu

1) Bettermann, DÖV 1955, S. 535

2) derselbe, a.a.O., S. 535

3) Es handelt sich hierbei nicht um Gesetzes-
sondern um Rechtsanalogie (vgl. auch Forst-
hoff, Verwaltungsrecht, S. 161 ff. und
Zippelius, Das Wesen des Rechts, S. 11 ff.
und S. 97 ff.); Ule-Fittschen, die ebenfalls
§ 1004 BGB ins öffentliche Recht übertragen
wollen, lassen es dahingestellt sein, ob
§ 1004 BGB entsprechend anzuwenden ist (Ge-
setzesanalogie) oder ob aus § 1004 BGB ein
allgemeiner Rechtsgedanke zu entnehmen ist
(Rechtsanalogie) (JZ 1965, S. 315)

geben. Selbst Gegner der Auffassung Bettermanns mußten deshalb einräumen, daß seine Theorie eindrucksvoll und in ihren Ergebnissen bestechend ist (1). So verwundert es nicht, daß Bettermann eine große Anhängerschaft gefunden hat (2).

In einem Punkt allerdings kann man Bettermann nicht folgen. Wenn Bettermann seinen Reaktionsanspruch schon in Analogie zur zivilrechtlichen actio negatoria entwickelt, dann muß er seinem öffentlich-rechtlichen Anspruch auch denselben Inhalt beimessen, der dem bürgerlich-rechtlichen Anspruch zugesprochen wird. Der öffentlich-rechtliche Reaktionsanspruch kann also nicht wiederherstellenden Charakter haben, sondern ist als rein negatorischer Abwehranspruch aufzufassen. Man kann dann auch auf eine reichhaltige zivilrechtliche Judikatur und Literatur zur näheren Bestimmung des Anspruchsinhalts zurückgreifen.

-
- 1) Weyreuther, Gutachten zum 47. DJT, S. 66, 72 und 74; Heidenhain, Amtshaftung und Entschädigung aus enteignungsgleichem Eingriff, S. 138; Rupp, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, S. 261; skeptisch: Luhmann, Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet, S. 100
 - 2) z. B.: Schlee, Zur Dogmatik der öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigung, AöR Bd. 92, S. 53 ff.; Hantke, Die öffentlich-rechtliche Beseitigungsklage, S. 90 ff.; Ule-Fittschen, JZ 1965, S. 315 ff.; Bender, JuS 1962, S. 178 ff.; Kreft, Diskussion zum 47. DJT, S. 77

Damit könnte man die Suche nach der Rechtfertigung des öffentlich-rechtlichen Abwehranspruchs gegen Immissionen an dieser Stelle abbrechen. Der Geltungsgrund des Abwehranspruchs ergibt sich aus einer Verletzung des status negativus, wozu auch das Eigentumsgrundrecht zu zählen ist. Der Inhalt des Abwehranspruchs kann der zivilrechtlichen actio negatoria entnommen werden, welche im öffentlichen Recht bei status-Verletzungen analoge Anwendung findet.

Nun wird aber gerade an den beiden wichtigsten Punkten dieser Argumentation Kritik geübt. Forsthoff vertritt die Auffassung, daß Einwirkungen nachbarrechtlicher Art, die von Anlagen und Veranstaltungen der öffentlichen Verwaltung auf Nachbargrundstücke ausgehen, keine Eingriffe in das Eigentum sein können, denn Eingriff sei nur, was eingreifen solle, nicht aber auch was zufällig oder wenigstens ungewollt geschehe (1). Der Eigentumsschutz erfasse sogenannte Nebenwirkungen staatlicher Tätigkeit, worunter auch Immissionen fallen, nicht. Würde man sich der Ansicht Forsthoffs anschließen, dann dürfte man den Geltungsgrund des öffentlich-rechtlichen Abwehranspruchs gegen Immissionen nicht in einer Verletzung des Eigentumsgrundrechtes als Bestandteil des status negativus

1) Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 329.

sehen. Es muß deshalb noch Tragweite und Schutzbereich der Eigentumsgarantie im öffentlichen Recht näher beleuchtet werden.

Auch der von Bettermann vorgeschlagene Rückgriff auf § 1004 BGB zur Bestimmung des Anspruchsinhalts hat Kritik hervorgerufen (1). Man macht geltend, daß eine Berufung auf das Gebot der Gerechtigkeit zur analogen Übertragung der Vorschrift des § 1004 BGB ins öffentliche Recht als überzeugendes Argument zu dürftig sei. Der Gedanke Bettermanns soll zwar einem lobenswerten Rechtsgefühl entsprungen sein, als tragfähigem juristischem Argument sei dem Gebot der Gerechtigkeit jedoch mit Skepsis zu begegnen. Die schlichte Bezugnahme auf das Gebot der Gerechtigkeit verschleierte letztlich nur die Problematik des Rückgriffs.

Dieser harten Kritik kann man aber dadurch begegnen, daß man dem Argument Bettermanns weitere Argumente hinzufügt, welche die Auffassung Bettermanns stützen und erhärten. Deshalb soll im Anschluß an die Auseinandersetzung mit dem Einwand Forsthoffs der Versuch unternommen werden, die Beweisführung Bettermanns auszuweiten und zu vertiefen.

1) Weyreuther, Gutachten zum 47. DJT, S. 75 ff.; Heidenhain, Amtshaftung und Entschädigung aus enteignungsgleichen Eingriffen, S. 135 Fn. 54 und S. 137 F. 10

II. Die Tragweite der Eigentumsgarantie im öffentlichen Recht

Die Meinung Forsthoffs, daß Eingriffe in das Eigentum niemals Nebenwirkungen hoheitlicher Tätigkeit sein könnten (1), fand in Rechtsprechung und Lehre keinen Anklang.

Bereits Walter Jellinek wandte auf Nebenwirkungen staatlicher Tätigkeit die Grundsätze des Enteignungsrechts an (2). Wenn die Nachbarn eines Militärschießplatzes abirrende Geschosse, Lärm und Erderschütterungen zu dulden haben, dann müssen sie schon nach Walter Jellinek ebenso entschädigt werden, wie wenn sie ordnungsgemäß enteignet worden wären. Das gleiche gelte zum Beispiel auch bei Geräuschen einer öffentlichen Maschinenbauschule.

Die heute vorherrschende Meinung folgte Walter Jellinek und nicht Forsthoff, wie bereits bei der Darlegung zum enteignungsgleichen Eingriff gezeigt wurde (3). Entschädigung nach Enteignungsgrundsätzen wird heute auch dann gewährt, wenn dem Eigentümer ein Sonderopfer durch Nebenwirkungen hoheitlicher Tätigkeit auferlegt wird.

1) siehe oben S. 54 Fn. 1 und S. 81

2) Walter Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 33¹⁾

3) siehe oben S. 53-57

Es läßt sich also der Grundsatz aufstellen, daß auch Nebenwirkungen hoheitlicher Tätigkeit Eingriffe in das Eigentum sein können, daß also der Schutzbereich der Eigentums-garantie (Art. 14 Abs. I Satz 1 GG) auch Nebenwirkungen erfaßt.

Die Ausweitung des Grundrechtsschutzes wird mit der gewaltigen Zunahme der staatlichen Aufgaben in allen Lebensbereichen (1) gerechtfertigt. Durch diese Ausweitung ist ein "so vielfältiges Arsenal indirekter Einwirkungsmöglichkeiten" geschaffen worden, daß es einer Kapitulation des Grundrechtsgedankens gleichkäme, wenn hier lediglich deshalb der Rechtsschutz versagt werden würde, weil es an einem finalen Eingriff fehlt (2). Auch Beeinträchtigungen, die beiläufig durch tatsächliche Einwirkungen der öffentlichen Gewalt hervorgerufen werden, werden nicht minder schwer empfunden als gezielte Eingriffe (3).

Gerade für den Bereich der Leistungsverwaltung ist diese Rechtsentwicklung von erheblicher

-
- 1) hierzu: Badura, Verwaltungsrecht im liberalen und sozialen Rechtsstaat - und Das Verwaltungsmonopol (passim)
 - 2) Vogel, Gesetzgeber und Verwaltung, VVDStRL Heft 24, S. 151-155 (insbesondere S. 153); zum Gesetzmäßigkeitsprinzip ähnlich: Imboden, Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung, S. 42
 - 3) Schneider, Rechtsnorm und Individualakt, VerwArch. 1967, S. 306

Bedeutung. Die Daseinsvorsorge zielt ihrem Zweck entsprechend auf Vergünstigungen und nicht auf Belastungen. Eine durch sie hervorgerufene Eigentumsbeeinträchtigung kann regelmäßig nur eine Nebenfolge der Verwaltungstätigkeit sein. Der Grundrechtsschutz muß auch hier gelten (1). Die Verfassungsbestimmung des Art. 14 Abs. I Satz 1 GG schützt das Eigentum nicht nur gegen finale Beeinträchtigungen. Jede Einwirkung auf das Eigentum läßt sich heute an Art. 14 Abs. I Satz 1 GG messen, gleichgültig, ob sie gezielt oder nicht gezielt, beabsichtigt oder nicht beabsichtigt, ob sie durch Gesetz, Verwaltungsakt oder sonstige Verwaltungshandlung erfolgt (2). Lediglich Fernwirkungen bleiben unberücksichtigt, um eine grenzenlose Ausuferung der Eigentumsgarantie zu unterbinden.

Die Eigentumsgarantie erstreckt sich somit auch auf den Schutz gegen Immissionen der öffentlichen Hand. Diese können unter noch näher zu bestimmenden Voraussetzungen Eingriffe in das verfassungsrechtlich geschützte Eigentum sein und auf diese Weise den status negativus verletzen. Die Folge hiervon ist ein Reaktionsanspruch des betroffenen Bürgers.

-
- 1) hierzu: Müller, Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche im Verwaltungsrecht, S. 64 ff. (insbesondere S. 68 - 70)
 - 2) so in einer prägnanten Zusammenfassung: Kröner, DVBl. 1969, S. 157

Der Inhalt des Reaktionsanspruchs soll mit Bettermann § 1004 BGB entnommen werden. Will man sich jedoch zur Begründung dieser Rechtsanalogie nicht allein mit der Berufung auf das Gebot der Gerechtigkeit begnügen, dann muß man sich näher mit der Öffentlich-rechtlichen Eigentumsgarantie auseinandersetzen und untersuchen, ob diese den Rückgriff auf § 1004 BGB ermöglicht.

III. Die Bestimmung des Art. 14
Abs. I Satz 1 GG als Insti-
tutsgarantie

Art. 14 Abs. I Satz 1 GG gewährleistet das Privateigentum sowohl als subjektives öffentliches Recht in der Hand des jeweiligen Eigentümers als auch als objektives Rechtinstitut (1). In diesem zweiten Falle wird Art. 14 Abs. I Satz 1 GG als Norm des objektiven Verfassungsrechts behandelt, welche eine freie Eigentumsordnung als solche erhalten will.

Es wurde bereits dargetan, daß die subjektive Seite der Eigentumsgarantie als Teil des status negativus bei Verletzung einen Reaktionsanspruch auslöst (2). Der Inhalt des Reaktionsanspruchs hingegen konnte der subjektiven Seite nicht entnommen werden. Deshalb ist jetzt auf die objektivrechtliche Gewährleistung des Eigentums einzugehen.

Will man die objektive Institutionsgarantie des Eigentums richtig verstehen, dann muß man Art. 14 Abs. I Satz 1 GG im Zusammenhang mit Satz 2 und mit Art. 19 Abs. II GG sehen. Art. 14 Abs. I Satz 2 GG

1) Maunz in Maunz-Dürig, Art. 14 Rd. Nr. 3 f.

2) siehe oben S. 74

gibt dem Gesetzgeber die Möglichkeit, Inhalt und Schranken des Eigentums zu bestimmen.

Art. 19 Abs. II GG verbietet, den Wesensgehalt des Eigentums anzutasten.

Die Regelbefugnis des Gesetzgebers bildet das dynamische Element an der Eigentumsordnung. Sie bringt zum Ausdruck, daß die Eigentumsgarantie nicht den status quo einer ein für allemal feststehenden Einrichtung sichern will (1). Inhalt und Schranken des Eigentums sind dem Wandel zugänglich und haben gerade im sozialen Rechtsstaat grundlegende Änderungen erfahren.

Art. 19 Abs. II GG begrenzt die "Tiefenwirkung" der Inhaltsbestimmung (2). Pathetisch schreibt Ipsen, in dieser Grenzbestimmung komme es zum Schwur, was Eigentum letztlich bedeute (3). Der Wesensgehalt des Eigentums ist unantastbar. Eine gesetzliche Regelung, die den Wesensgehalt des Eigentums antastet, ist keine Inhaltsbestimmung mehr, sie ist auch keine Enteignung, die zur Entschädigung verpflichtet und mit dieser Wirkung Bestand hätte, sondern verfassungswidrig und nichtig, also ohne Bestand (4). Somit legt die Wesens-

1) von Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, Bd. I, S. 417

2) dieselben, a.a.O., S. 433, mit weiteren Literaturhinweisen

3) Ipsen, Das Bundesverfassungsgericht und das Privateigentum, AöR, Bd. 91, S. 94

4) derselbe, a.a.O., S. 96; Schneider, Rechtsnorm und Individualakt, VerwArch. 1967, S. 217; Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 314 f.

gehaltsgarantie im Wandelbaren das Bleibende fest (1). In einem gewissen Kernbereich fixiert die Verfassung das Eigentum als unumstößlich. Die Frage ist nur, wie dieser Kernbereich aussieht.

Das Bundesverfassungsgericht hatte Ende des Jahres 1968 hierzu Stellung zu nehmen (2). Es legte dar, daß der Gesetzgeber an die Stelle des Privateigentums nicht etwas setzen dürfe, was den Namen Eigentum nicht verdiene. Die Institutsgarantie verbiete, daß solche Sachbereiche der Privatrechtsordnung entzogen würden, die zum elementaren Bestand grundrechtlich geschützter Betätigung im vermögensrechtlichen Bereich gehören. Damit wird deutlich, daß der Verfassungsbegriff des Eigentums trotz aller zugelassenen Inhaltsbestimmungen an einen herkömmlichen Begriff des Privateigentums "angeseilt" bleiben soll (3).

Die verfassungsrechtlich unverzichtbaren Merkmale des Eigentumsinstituts sind durch die zivilrechtliche Tradition mitbestimmt (4). Das ge-

-
- 1) von Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, Bd. I, S. 417
 - 2) BVerfG vom 18.12.1968, NJW 1969, S. 309 f.
 - 3) Ipsen, Das Bundesverfassungsgericht und das Privateigentum, AöR, Bd. 91, S. 90
 - 4) Weber, Eigentum und Enteignung, S. 357

geschützte Wesen sind die den Charakter des zivilrechtlichen Eigentums bildenden typischen Grundzüge (1). Das bedeutet nicht, daß die Verfassung die im bürgerlichen Recht vorgefundenen und im Eigentum "etikettierten" Normen verfassungsrechtlich versteinern lassen will. Nur die Grundstruktur des Eigentumsinstituts individueller Herrschaftsbefugnis will die Verfassung unumstößlich festgelegt wissen (2).

An dieser Stelle muß deshalb die Erörterung der öffentlich-rechtlichen Eigentumsgarantie abbrechen und wiederum auf das Zivilrecht übergewechselt werden, um dort die Konstruktion des Eigentums darzutun. Vor allem interessiert, ob der Abwehranspruch des § 1004 BGB zu dem grundrechtlich geschützten Kernbestand des Eigentums zu rechnen ist, oder ob es sich bei ihm lediglich um eine dem Wandel unterworfenene Nebenerscheinung spezifisch zivilrechtlicher Ausprägung des Eigentums handelt.

-
- 1) von Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, S. 557, wo auch näheres zu den drei Theorien der Wesensgehaltsgarantie ausgeführt ist. Ihnen folgend: Sellmann, NJW 1965, S. 1691
 - 2) Rupp, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, S. 235 f.; Ipsen, Das Bundesverfassungsgericht und das Privateigentum, AöR Bd. 91, S. 90 f.

IV. Die Struktur des bürgerlich-rechtlichen Eigentums

1. Das statische Verständnis des Eigentums

Das Eigentum gilt als umfassendstes dingliches Recht an einer Sache. Auf dieser Grundposition bildete sich in der Zivilrechtsdogmatik eine Anschauung des Eigentums heraus, die sämtliche Kommentare und Lehrbücher durchzieht (1). Als umfassendstes dingliches Recht vermittele das Eigentum dem jeweiligen Eigentümer die unmittelbare Herrschaft über eine Sache (2). In der Sachherrschaft liege der wesentliche Unterschied der dinglichen Rechte zum Recht der Schuldverhältnisse. Während das Schuldrecht Beziehungen von Person zu Person erzeuge, habe das Sachenrecht eine Sache zum Gegenstand oder Objekt (3). Es schaffe eine unmittelbare Beziehung zwischen dem Inhaber des Rechts und der Sache (4). Dingliche Rechte und

-
- 1) Deshalb sollen sich im Nachfolgenden die Zitate auf einige prägnante Zusammenfassungen beschränken.
 - 2) Degenhart, in Palandt, Einleitung zum Sachenrecht, Anm. 2 a; Lent-Schwab, Sachenrecht, S. 1
 - 3) Lent-Schwab, a.a.O., S. 1; Degenhart, a.a.O., Anm. 1
 - 4) wie Fn. 3; außerdem Baur, Lehrbuch des Sachenrechts, S. 195 und in Soergel-Siebert, Einleitung zu Band 4, Rd. Nr. 7

insbesondere das Eigentum bestehen also nicht in erster Linie in persönlichen Beziehungen, sondern in Beziehungen zu einem Rechtsobjekt (1). Eine Veränderung der dinglichen Rechte bewirke eine Veränderung in der Rechtslage der Sache; Schuldverhältnisse können hingegen nur eine Veränderung in den Beziehungen der beiden Partner herbeiführen (2).

Das bedeutet aber nichts anderes, als daß man ein konkretes Rechtsverhältnis zwischen einer Person und einer Sache konstruiert (3). Die Sache wird zum eigentlichen Sitz des Eigentumsrechts erhoben (4). Sie tritt zum jeweiligen Eigentümer in rechtliche Beziehungen und wechselt ihren Herrn bei Veräußerung aus (5). Rechtsbeziehungen zu anderen Personen sind nur die Folge des Rechtsverhältnisses zwischen dem jeweiligen Eigentümer und seiner Sache, die unter gewissen Umständen entstehen können (6). Hieraus entspringt folgende Konsequenz: Wenn auch § 903 BGB besagt, der Eigentümer könne jede Einwirkung anderer ausschließen, so ist doch § 1004 BGB, der

-
- 1) Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Hb.Bd., S. 427
 - 2) Lent-Schwab, Sachenrecht, S. 1
 - 3) hierzu: Nawiasky, Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe, S. 202 ff.; Dürig, Das Eigentum als Menschenrecht, ZgesStW, Bd. 109, S. 346 ff.; Rupp, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, S. 166 ff.
 - 4) Rupp, a.a.O., S. 167; Dürig, a.a.O., S. 347
 - 5) Lent-Schwab, a.a.O., S. 1; Dürig, a.a.O., S. 347
 - 6) Enneccerus-Nipperdey, a.a.O., S. 427 f.; Lent-Schwab a.a.O., S. 1, Westermann, Sachenrecht, S. 7 ff. und 8 ff.

den entsprechenden Abwehranspruch zur Verfügung stellt, nicht wesentlicher Bestandteil des Eigentumsrechts, sondern nur dessen Folge. Als Anspruch gegen Dritte, die in keinem konkreten Rechtsverhältnis zur Sache stehen, ist er lediglich Ausfluß der Beziehung des Eigentümers zu der in seinem Eigentum befindlichen Sache (1).

1) wie S. 92, Fn 6

2. Das dynamische Verständnis des Eigentums

Diese in der Zivilrechtslehre so beliebte Konstruktion des Eigentums stieß jedoch immer wieder auf Kritik. In letzterer Zeit waren es vor allem Öffentlichrechtler, die darauf hinwiesen, daß die in der Zivilistik übliche Auffassung den Erkenntnissen der allgemeinen Rechtslehre widerspricht (1).

Dort ist seit langem anerkannt, daß sich das Recht nur an Personen wenden kann. Rechtsverhältnisse und rechtliche Beziehungen sind nur zwischen Rechtssubjekten denkbar. Sachen jedoch unterscheiden sich per definitionem von diesen (2). Eine Sache kann niemals Partner eines Rechtsverhältnisses sein, sondern allenfalls dessen Beziehungsgegenstand (3). Was man als Recht an einer Sache bezeichnet, ist in Wahrheit ein Bündel anderen gegenüber bestehender Rechte und Pflichten in bezug auf eine Sache. Die Sache ist nur "Tatbestands-element" (4) der Verhaltenspflichten der Norm-

1) Nawiasky, Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe, S. 202 ff.; Dürig, Das Eigentum als Menschenrecht, ZgesStW, Bd. 109, S. 346 ff.; Rupp, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, S. 166 ff.; W. Henke, Das subjektive öffentliche Recht, S. 100
Rupp, a.a.O., S. 166; dazu auch: Kant, der von Rupp auf S. 167 f. wörtlich zitiert wird

adressaten untereinander. Man kann deshalb das Eigentum nicht als erstarrten Rechtsblock (1) subjektiver Rechtsrelationen des Eigentümers gegenüber seiner Sache sehen. Rupp betont, man müsse sich bewußt sein, daß das, was man unter dem Eigentum einer Person versteht, lediglich einen durch die Summe im einzelnen festgelegter Enthaltungspflichten Dritter, bzw. genau bestimmter Abwehr- und Verteidigungsansprüche konstitutiv ausgebildeten Rechtszustand freien Dürfens bedeute (2).

Als vereinfachte Ausdrucksweise mag die zivilistische Konstruktion der Rechtspraxis wertvolle Dienste leisten (3), für dogmatische Beweisführungen ist sie jedoch unbrauchbar, weil sie die Struktur des Eigentums verfälscht. Die Verbotungsrechte und Duldungspflichten des Eigentümers sind keine sekundären Auswirkungen des Eigentumsrechts, sondern sie konstituieren dieses in ihrer Gesamtheit. Wie sie durch Gesetzgebung und Rechtsprechung Änderungen unterworfen sind, wandelt sich synchron das Erscheinungsbild des Eigentums in seiner jeweiligen Ausprägung.

1) Rupp, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, S. 167

2) derselbe, a.a.O., S. 169

3) ähnlich: derselbe, a.a.O., S. 169

Nichts anderes meint W. Henke, wenn er den Wandel von einer statischen zur dynamischen Rechtsordnung zum wesentlichen Argument seiner Ausführungen macht (1). Die These vom absoluten Recht (also der fixen Beziehung Eigentümer - Sache), das bei Verletzung in den Verteidigungszustand übergeht und zur Quelle von Abwehransprüchen wird, ist in einer Rechtsordnung, die sich stets wechselnden Bedürfnissen anzupassen hat, überholt. Das Eigentum als umfassendes Herrschaftsrecht über eine Sache rückt wirtschaftlich und auch rechtlich in den Hintergrund. Es wird ersetzt durch den gesetzlich begründeten Anspruch. Das Sachenrecht gleicht sich dem Obligationenrecht an.

Der Abwehranspruch aus § 1004 BGB ist mithin keine Folgeerscheinung des Eigentums, sondern dessen konstituierender Bestandteil.

1) W. Henke, Das subjektive öffentliche Recht, S. 99 - 101

V. Die Übertragung des Abwehranspruchs
aus § 1004 BGB ins öffentliche Recht
über die Institutsgarantie des Art.
14 Abs. I Satz 1 GG

Geht man nun davon aus, daß das Eigentum ein Inbegriff von Rechtsbeziehungen zu anderen Rechtssubjekten ist, dann fällt der Kernbestand dieser Rechtsbeziehungen, so wie er sich traditionell herausgebildet hat, unter die Institutsgarantie des Art. 14 Abs. I Satz 1 GG. Rechtsbeziehungen, die zwar mit das Eigentum formen, aber nicht zu seinem Wesenskern gehören, können sich dem Wandel der Realitäten anpassen. Nur der Wesenskern selbst ist von der Verfassung fixiert.

Nach der herkömmlichen Definition des § 903 BGB gehört zum innersten Bereich des Eigentums die Ausschließungsbefugnis Dritten gegenüber. § 1004 BGB verleiht dieser Befugnis die rechtliche Durchschlagskraft. Er gibt wieder, was man sich seit eh und je unter der Ausschließungsbefugnis rechtlich vorzustellen hat. Ausschließungsbefugnis heißt unter anderem Abwehranspruch gegen Dritte bei Eigentumsbeeinträchtigungen. Man kann sich das bürgerlich-rechtliche Eigentum heute nicht mehr ohne den Anspruch aus § 1004 BGB vorstellen. Dabei kann zunächst dahingestellt bleiben,

wann dieser Anspruch durchgreift, wie also seine Voraussetzungen im einzelnen beschaffen sein müssen. Es geht hier allein um die Feststellung, daß zumindest im Prinzip ein Eigentum ohne durchsetzbaren Abwehranspruch undenkbar ist. Eigentum ohne Abwehranspruch wäre nicht mehr Eigentum. Damit aber gehört § 1004 BGB zu denjenigen Normen, die den Kernbereich des Eigentums formulieren und demgemäß unter Verfassungsschutz gestellt sind. Die erste Aussage des Art. 14 Abs. I Satz 1 GG lautet folglich: Es ist dem Gesetzgeber verboten, die Norm des § 1004 BGB abzuschaffen (Art. 1 Abs. III GG).

Nun bindet aber Art. 1 Abs. III GG neben der Gesetzgebung auch die Verwaltung an die Grundrechtsbestimmungen. Alle staatliche Macht hat die Institutsgarantie des Eigentums zu achten. Es ist gerade der Staat mit seinem gewaltigen Verwaltungsapparat und seinen stets wachsenden Aufgaben, der das Eigentum des Bürgers am stärksten gefährdet. Immissionen, die bei Verwirklichung staatlicher Funktionen entstehen, gehören zu den häufigsten und schwerwiegendsten Eigentumsbeeinträchtigungen. Wenn der Abwehranspruch aus § 1004 BGB traditionell zum Wesenskern des Eigentums gehört, diesen Wesenskern wiederum der Staat in allen seinen Erscheinungen zu achten hat, dann muß § 1004 BGB auch gegen den Staat wirken.

Für die Gesetzgebung bedeutet die Institutsgarantie primär, daß sie im bürgerlichen Bereich den

Abwehranspruch nicht abschaffen darf. Aber auch die Verwaltung ist an das Eigentum gebunden und damit an § 1004 BGB. Das kann nur heißen, daß § 1004 BGB auch der Verwaltung gegenüber geltend gemacht werden kann und damit auch im öffentlichen Recht wirksam ist. Wäre das nicht der Fall, würde die Bindung der Verwaltung an die Institutsgarantie praktisch leerlaufen. Gewiß ließe sich vorstellen, daß die Verwaltung die Institutsgarantie dadurch verletzt, daß sie den Abwehranspruch eines Bürgers gegen einen anderen Bürger stört. Das Recht hat jedoch vom Normalfall und nicht von Ausnahmerecheinungen auszugehen. Der Normalfall ist in dem hier interessierenden Bereich die Beeinträchtigung eines Bürgers durch Nebenwirkungen hoheitlicher Tätigkeit. Hieran hat sich die Institutsgarantie gegenüber der Verwaltung zu bewähren. Damit wird die Institutsgarantie zur Brücke, auf der § 1004 BGB ins öffentliche Recht übertragen werden kann.

Legt man dagegen die im Zivilrecht vorherrschende Theorie zugrunde und sieht im Eigentum ein Herrschaftsverhältnis zwischen Eigentümer und Sache, dann erfaßt die Institutsgarantie unmittelbar nur die Beziehung zur Sache. Der Abwehranspruch wäre dann eine Folge des Eigentums und ebenso der Institutsgarantie. Wer auf diesem Wege den Abwehranspruch ins öffentliche Recht übertragen will, muß den Nachweis erbringen, daß die verfassungsrechtlich garantierte Beziehung des Eigentümers

zur Sache in ihrem Wesen verletzt ist, wenn ihre Folgewirkung, der Beseitigungsanspruch durch den Staat aufgehoben wird. Im weiteren wäre wie geschildert zu verfahren.

Es genügt jedoch nicht, darauf hinzuweisen, § 1004 BGB schütze ein Recht, das nicht ohne Grund ein absolutes genannt werde und deshalb von jedermann zu achten sei, also auch von jedem Träger öffentlicher Gewalt, selbst wenn er hoheitlich tätig werde (1). § 1004 BGB ist seinem Standort im Zivilrecht nach ursprünglich eine Vorschrift, die nur auf der Ebene der Gleichordnung Geltung beanspruchen kann. Erst unter dem Blickwinkel des Art. 14 Abs. I Satz 1 GG wird sie auch im öffentlichen Recht wirksam.

Somit ist der Nachweis erbracht, daß rechtswidrige Beeinträchtigungen durch Immissionen der öffentlichen Hand einen negatorischen Abwehranspruch des betroffenen Bürgers auslösen. Der Geltungsgrund dieses Abwehranspruchs liegt in einer Verletzung des subjektiven Eigentumsgrundrechts als Bestandteil des status negativus. Der Inhalt des Abwehranspruchs ist § 1004 BGB zu entnehmen. Dieser Rückgriff auf das Zivilrecht rechtfertigt sich aus dem Gebot der Gerechtigkeit (Bettermann) und der Unantastbarkeit des Kernbereichs des Eigentumsinstituts.

1) so aber: Ule-Pittschen, JZ 1965, S. 315

Es ist lediglich offen geblieben, wann eine Immission einen Eingriff in das Eigentum darstellt, wann sie also rechtswidrig ist und einen Abwehranspruch hervorruft. Diese Frage wird im folgenden behandelt.

Drittes Kapitel

DIE VORAUSSETZUNGEN DES ÖFFENTLICH- RECHTLICHEN ABWEHRANSPRUCHS GEGEN IMMISSIONEN

Während die einschlägigen Verwaltungsgesetze zu den Voraussetzungen des öffentlich-rechtlichen Abwehranspruchs gegen Immissionen schweigen, hält das Zivilrecht in den nachbarrechtlichen Bestimmungen hierzu wiederum eine ausführliche Regelung bereit (1).

Wie die Darlegungen im ersten Kapitel der Arbeit gezeigt haben, bildet § 906 BGB den Angelpunkt des bürgerlichen Nachbarrechts. Sind die Voraussetzungen des § 906 BGB erfüllt, dann hat der Betroffene die Immissionen seines Nachbarn zu dulden. Sind dagegen die Voraussetzungen des § 906 BGB nicht gegeben, dann kann der in seinem

1) siehe oben S. 16 ff.

Eigentum Beeinträchtigte erfolgreich die Abwehrklage gegen den immittierenden Nachbarn erheben, wenn dieser sich nicht ausnahmsweise auf einen besonderen Rechtfertigungsgrund berufen kann. Da § 906 BGB nur bei "Imponderabilien" Anwendung findet, können Immissionen durch "Ponderabilien" grundsätzlich immer abgewehrt werden, während Immissionen durch "Imponderabilien" nur dann verhindert werden können, wenn sie sich nicht unter § 906 BGB subsumieren lassen. Somit statuiert § 906 BGB die Duldungspflichten der betroffenen Nachbarn und gibt den Immittenten die Befugnis zu Einwirkungen auf fremde Grundstücke.

Wie ist es nun im öffentlichen Recht? Auch der Staat muß die Möglichkeit haben, bei Verfolgung seiner Aufgaben auf benachbarte Grundstücke einzuwirken, ohne daß die betroffenen Nachbarn gegen die Beeinträchtigung die negatorische Abwehrklage erheben können. Gewisse Immissionen werden also auch im öffentlichen Recht zu dulden sein müssen. Die Frage ist nur, ob sich § 906 BGB im öffentlichen Recht analog anwenden läßt und die Duldungspflichten der privaten Nachbarn gegenüber der öffentlichen Hand der privatrechtlichen Lösung entsprechen oder ob im öffentlichen Recht andere Gesetzmäßigkeiten gelten, nach welchen sich die Duldungspflichten zu bemessen haben.

A. Die Übertragbarkeit des § 906 BGB
ins öffentliche Recht

I. Der Versuch, § 906 BGB unverändert
ins öffentliche Recht zu übernehmen

Soweit ersichtlich ist, tritt nur die Dissertation von Hantke (1) dafür ein, § 906 BGB unverändert ins öffentliche Recht zu übernehmen. Der Standpunkt Hantkes erklärt sich in erster Linie aus der Rechtfertigung, die er dem öffentlich-rechtlichen Abwehranspruch gibt. Er entwickelt ihn, auf Bettermann fußend, in Analogie zur actio negatoria des Zivilrechts (2). Sodann verweist er auf den engen Zusammenhang des bürgerlichen Nachbarrechts mit dem Anspruch aus § 1004 BGB und folgert hieraus, daß dieser Zusammenhang die analoge Anwendung des § 906 BGB im öffentlichen Recht ermögliche und gebiete (3).

1) Hantke, Die öffentlich-rechtliche Beseitigungsklage, 1966

2) derselbe, a.a.O., S. 81 ff.

3) derselbe, a.a.O., S. 99 ff. (insbesondere S. 101)

Anschließend geht Hantke auf den Inhalt des § 906 BGB im einzelnen ein. Er meint, gegen die Anwendbarkeit des § 906 BGB Abs. I im öffentlichen Recht bestünden keine Bedenken (1). Einwirkungen, die die Benutzung des benachbarten Grundstücks nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigen, müßten auch im öffentlichen Recht hingenommen werden.

Schwierigkeiten sieht Hantke lediglich in der Übertragung des § 906 Abs. II. Denn in der Auferlegung einer solchen Duldungspflicht könnte ein über eine Inhalts- und Schrankenregelung hinausgehender Eingriff in das Eigentum des Betroffenen liegen, der gemäß Art. 14 Abs. III GG nur zum Wohle der Allgemeinheit und nur durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes, das Art und Ausmaß der Entschädigung regelt, zulässig ist. Dieses Hindernis will er jedoch mit dem Hinweis auf den Grundgedanken des § 906 BGB zerstreuen. Der Grundgedanke dieser Norm sei die notwendige Berücksichtigung nachbarlicher Lebensverhältnisse. Deshalb könne man § 906 BGB noch als Ausdruck der Sozialbindung des Eigentums ansehen (2).

Eine über § 906 BGB hinausgehende Duldungspflicht erkennt Hantke auch nicht gegenüber solchen Immissionen an, die auf hoheitliches Handeln zurück-

1) Hantke, Die öffentlich-rechtliche Beseitigungsklage, S. 101

2) derselbe, a.a.O., S. 101

zuführen sind (1). Die Auferlegung einer Duldungspflicht gegenüber Eigentumsbeeinträchtigungen durch hoheitliches Handeln stelle einen Eingriff in das Eigentum dar. Jeder Eingriff in die Rechtssphäre des einzelnen bedürfe aber einer gesetzlichen Grundlage. Als solche komme allein § 906 BGB in Betracht. Eine generelle Duldungspflicht gegenüber Immissionen der öffentlichen Hand oder eine Duldungspflicht aus dem öffentlichen Interesse müsse deshalb abgelehnt werden.

1) Hantke, Die öffentlich-rechtliche Beseitigungsklage, S. 102 ff.

II. Die Überlagerung des § 906 BGB mit ~~im~~ öffentlich-rechtlichem Ge- dankengut

Im Gegensatz zu Hantke modifiziert die herrschende Meinung § 906 BGB, wenn als Anspruchsgegner des privaten Nachbarn die öffentliche Hand auftritt.

Die herrschende Meinung will Immissionsstreitigkeiten mit der öffentlichen Hand grundsätzlich im Privatrecht belassen. Nur in besonders gelagerten Ausnahmefällen sollen sie ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis begründen (1).

In formeller Hinsicht ergibt sich daraus, daß der Abwehranspruch in aller Regel vor den Zivilgerichten einzuklagen ist.

In materieller Hinsicht bedeutet die herrschende Meinung, daß auf die zur Diskussion stehenden Immissionssachverhalte § 906 BGB unmittelbar Anwendung findet. Trotzdem kann aber die herrschende Meinung an der Tatsache nicht vorübergehen, daß Anspruchsgegner nicht irgendein Privater, sondern die öffentliche Verwaltung ist.

1) Einzelheiten über die Zuordnungsfrage im
4. Kapitel

In irgendeiner Form muß sie hierzu Stellung nehmen, sei es, daß sie § 906 BGB dennoch unverändert anwendet, oder sei es, daß sie ihn abwandelt, um die besonderen Interessen einer ungestörten Verwaltungstätigkeit zu berücksichtigen. Diese Fragestellung rückt für die herrschende Meinung Immissionsstreitigkeiten mit der öffentlichen Hand - zumindest was ihren materiellrechtlichen Aspekt anbelangt - in den Grenzbereich zwischen öffentlichem und privatem Recht, einem Rechtsbereich, der zwar grundsätzlich dem Privatrecht unterliegt, andererseits jedoch öffentlich-rechtlichen Einflüssen ausgesetzt ist. Sollte bereits unter Zugrundelegung der herrschenden Meinung § 906 BGB in diesem Übergangsgebiet unverändert nicht standhalten oder gar einen entscheidenden Wandel erfahren, dann dürfte seine Brauchbarkeit für ein öffentliches Nachbarrecht im Gegensatz zu der von Hantke verfochtenen Auffassung (1) stark in Zweifel gezogen sein.

Somit wird die herrschende Meinung, obwohl sie prinzipiell ein öffentliches Nachbarrecht ablehnt, zu einem wichtigen Prüfstein für die Übertragbarkeit des § 906 BGB ins öffentliche Recht.

1) siehe oben S. 104 - 106

1. Der teilweise Ausschluß des Rechtsweges durch das Reichsgericht

Bestimmend für die heute vorherrschende Auffassung wurde ein Urteil des Reichsgerichts, das sich mit Geräuschimmissionen der Berliner Rohrpostanlage auseinanderzusetzen hatte (1). Zunächst wies das Reichsgericht darauf hin, daß der Postbetrieb nicht auf Vermögenserwerb gerichtet ist, sondern in erster Linie dem Gemeinwohl dienen will. Daraus zog es die Folgerung, daß die Geltendmachung der an sich nach dem bürgerlichen Recht bestehenden Rechte der Nachbarn insoweit unzulässig sei, als hierdurch die Tätigkeit der Reichspostverwaltung lahmgelegt oder erheblich beeinträchtigt würde. Es könne nicht verlangt werden, daß die Postverwaltung, um der nachbarrechtlichen Vorschrift des § 906 BGB zu genügen, den Betrieb der Rohrpostanlage dort, wo er gegenwärtig stattfindet, einschränke oder gar völlig einstelle. Insoweit sei, da es sich hierbei um einen Eingriff Privater in Verhältnisse des öffentlichen Rechts handeln würde, der **R e c h t s w e g** **a u s g e s c h l o s s e n**. Dagegen könne begehrt werden, geräuschmindernde Vorkehrungen zu

1) RG Bd. 73, S. 270 ff., (insbesondere S. 271 und 272)

treffen, wenn hierdurch der Rohrpostbetrieb nicht beeinträchtigt werde.

In zahlreichen weiteren vergleichbaren Sachverhalten entschied das Reichsgericht im selben Sinne (1). Eines verdient jedoch noch besonders hervorgehoben zu werden: In einem der charakteristischen Sachverhalte hatte sich der Kläger gegen die von einer neu angelegten Autobahn ausgehenden Geräusche, Erschütterungen, Regenspritzer und Motorgase gewandt (2). Das Reichsgericht äußerte hierzu, die Vorschriften des Nachbarrechts fänden auch auf jede Körperschaft des öffentlichen Rechts Anwendung, wenn diese als Grundeigentümerin im Kreise nachbarlicher Gemeinschaft stehe. Aus der öffentlich-rechtlichen Stellung des Reichsautobahnunternehmens folge jedoch, ebenso wie für andere Betriebe, die für das allgemeine Wohl unentbehrlich oder doch von besonderer Bedeutung sind, daß gegenüber ihren Emissionen, auch wenn sie die Grenzen des Zulässigen überschreiten, **keine Abwehrklage gegeben sei** (3).

1) RG Bd. 44, S. 227; RG Bd. 57, S. 224; RG Bd. 59, S. 70; RG Bd. 159, S. 129; RG Bd. 167, S. 14 (insbesondere S. 25); RG Bd. 133, S. 153; RG Bd. 170, S. 40; RG WarnR 1908 Nr. 380; RG JW 1938, S. 2970

2) RG Bd. 159, S. 129 ff.

3) RG Bd. 159, S. 135

2. Die materiellrechtliche Beschränkung des Abwehranspruchs

Mit den Formulierungen, daß die Geltendmachung einer Abwehrklage unzulässig sei (Rohrpostfall) (1) oder daß eine Abwehrklage nicht gegeben sei (Autobahnfall) (2), brachte das Reichsgericht zum Ausdruck, daß es eine Klage gegen Immissionen, die bei Verfolgung öffentlicher Interessen durch den Staat entstehen, für unzulässig halte (3).

Die Nachkriegsliteratur übernahm zwar im wesentlichen die Rechtsprechung des Reichsgerichts, wandelte sie aber dahingehend ab, daß sie eine Klage gegen Immissionen der öffentlichen Hand zwar nicht für unzulässig, wohl aber für *u n b e - g r ü n d e t* erklärt. Wo das Reichsgericht eine Unzulässigkeit der Klage annahm, wird von der heute herrschenden Meinung die Klage für unbegründet gehalten, wie einige führende Stellen aus der Literatur belegen mögen (4).

1) siehe oben S. 109

2) siehe oben S. 110

3) Aus der früheren Literatur: Dreyer, Der Entschädigungsanspruch der Straßenanlieger, VerwArch. Bd. 20, S. 161 ff. (insbesondere S. 164); Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, S. 290 und Über die Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht, S. 16

4) siehe die nachfolgenden Fußnoten

So schreibt Westermann: "Grundstücke der öffentlichen Hand sind wie alle anderen in die räumliche Gemeinschaft eingefügt. Der Unterlassungsanspruch versagt aber gegenüber der hoheitlichen Betätigung schlechthin. Gegenüber im öffentlichen Interesse betriebenen Unternehmen ist der Unterlassungsanspruch ausgeschlossen; der Anspruch auf Schutzmaßnahmen darf nicht zu unzulässigen Eingriffen in den Betrieb führen" (1).

Forsthoff äußert sich ebenso: "Das deutsche Recht hat die Einwirkungen nachbarrechtlicher Art, die von Anlagen und Veranstaltungen der öffentlichen Verwaltung auf Nachbargrundstücke ausgehen, nicht dem Verwaltungsrecht unterstellt, sondern im Bereich des bürgerlichen Rechts (§§ 906 ff. BGB) belassen. Ein öffentliches Nachbarrecht gibt es nicht" (2). "Die Pflicht zur Duldung aus § 906 BGB ist jedoch für den Anlieger im Verhältnis zur öffentlichen Sache gesteigert. Sein Interesse muß hier den öffentlichen

1) Westermann, Sachenrecht, S. 312

2) Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts,
S. 329

Zwecken weithin weichen" (1).

-
- 1) Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 375

Die herrschende Meinung leugnet also die Existenz eines öffentlichen Nachbarrechts und löst Immissionsstreitigkeiten mit der öffentlichen Hand über § 906 BGB, allerdings mit der Besonderheit, daß sie die Nachbarn im öffentlichen Interesse einer erhöhten Duldungspflicht unterwirft.

Bei der Erörterung der entschädigungsrechtlichen Seite der Immissionsstreitigkeiten wurde jedoch dargelegt, daß die herrschende Meinung in den Nebenwirkungen hoheitlicher Tätigkeit enteignende Eingriffe sieht, sofern natürlich die Schwere des Eingriffs die Opfergrenze überschreitet (vgl. oben S. 53 ff. für die Rechtsprechung und S. 83 ff. für die Literatur).

Falls es also um die Voraussetzungen des Abwehrenspruchs gegen Immissionen geht, soll immer Zivilrecht mit gewissen Modifikationen zum Zuge kommen; sofern dagegen Entschädigung beansprucht wird, soll öffentliches Recht gegeben sein, wenn es sich bei den Immissionen um Auswirkungen hoheitlicher Tätigkeit handelt. Überwiegend nimmt man dann einen Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff an. Nur Forsthoff, der das Enteignungsrecht auf gezielte Eingriffe beschränkt, will einen Anspruch aus öffentlich-rechtlicher Gefährdungshaftung zubilligen (siehe oben S. 81 und Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 320 und 332 ff.).

Die vorliegende Arbeit interessiert nicht, ob die fraglichen Immissionsstreitigkeiten entschädigungsrechtlich dem öffentlichen oder dem privaten Recht zuzuordnen sind, sondern nur,

Es hat sich somit folgende Auffassung heute als herrschende Meinung herausgebildet:

Zur Entscheidung über Immissionsstreitigkeiten mit der öffentlichen Hand sind die **Z i v i l - g e r i c h t e** berufen. Dennoch bestimmen sich die Duldungspflichten der Nachbarn nicht ausschließlich nach § 906 BGB. Vielmehr unterliegen die Nachbarn gegenüber der öffentlichen Hand einer **e r h ö h t e n D u l d u n g s - p f l i c h t**. Selbst wenn § 906 BGB einer erfolgreichen Abwehrklage nicht im Wege stünde, kann die Klage als unbegründet verworfen werden, nämlich dann, wenn das öffentliche Interesse verletzt werden würde. Eine solche Verletzung öffentlicher Interessen nimmt man immer dann an, wenn die erfolgreiche Abwehrklage zur Einstellung eines hoheitlichen Betriebes führen würde. Werden dagegen nur immissionsdämmende oder -verhindernde Schutzmaßnahmen begehrt, so könne die Klage begründet sein. Hiermit schränkt man den Abwehran-

wie der **A b w e h r a n s p r u c h** gegen solche Immissionen zu behandeln ist. Die Erörterungen zum Entschädigungsrecht hatten lediglich den Sinn, darzutun, daß auch Nebenwirkungen der öffentlichen Verwaltung Eingriffe in das Eigentum und damit Verletzungen des status negativus sein können. Hierin wurde dann der Geltungsgrund für den öffentlich-rechtlichen Abwehranspruch erkannt. Allerdings spielt die entschädigungsrechtliche Behandlung der Immissionsstreitigkeiten mit der öffentlichen Hand durch die herrschende Meinung insoweit eine Rolle, als sich hieraus ein gewisser Widerspruch ergibt, denn, so muß man sich fragen, warum soll die Abwehrklage dem Zivilrecht anheim und die Entschädigungsklage dem öffentlichen Recht?

spruch gegenüber Immissionen der öffentlichen Hand auf dieselbe Weise ein, wie § 26 GewO den Abwehranspruch gegenüber den Immissionen bestimmter gefährlicher und störender Anlagen, die mit behördlicher Genehmigung betrieben werden, beschneidet.

§ 26 GewO wird deshalb auch als gewichtiges Argument von der herrschenden Lehre für ihre Ansicht aufgeführt (1). Unter Hinweis auf diese Bestimmung äußerte Fuß auf der Staatsrechtslehrertagung in Münster 1964, daß man ohne weiteres auf eine total öffentlich-rechtliche Lösung der Beschränkung der Nachbarschaftsrechte gegenüber der öffentlichen Hand verzichten könne, weil nämlich mit § 906 BGB und § 26 GewO schon gewisse Ansätze im geltenden Recht bereitstehen, die man nur zu verwerten brauche (2).

-
- 1) Lent-Schwab, Sachenrecht, S. 109; Baur, Lehrbuch des Sachenrechts, S. 215; Jaenicke, Gefährdungshaftung im öffentlichen Recht? VVDStRL Heft 20, S. 169; Marschall, Bundesfernstraßengesetz, S. 331
2) Fuß, Aussprache, VVDStRL Heft 21, S. 237

3. Die Konstruktion eines öffentlichen
Nachbarrechts in Anlehnung an
§ 906 BGB

Hardinghaus, der es für einen Fehlansatz hält, gegenüber einem Grundstück, das nach öffentlichem Recht verwaltet wird, überhaupt erst von privaten Nachbarrechten auszugehen und deshalb ein öffentliches Nachbarrecht fordert (1), ist trotzdem der allgemeinen Meinung verhaftet geblieben. Er meint, die Vorschriften der §§ 906 ff. BGB müßten auf "ihren allgemeinen, über das Privatrecht hinausweisenden Rechtsgedanken zurückgeführt und dann ins öffentliche Recht transportiert werden" (2). Sodann gibt er zu bedenken, daß dem öffentlichen Interesse an der Nutzung der öffentlichen Sache grundsätzlich der Vorzug vor dem privaten Interesse des Nachbarn zu geben sei. Damit müßten die - nun öffentlichen - Nachbarrechte die widmungsgemäße Verwendung der öffentlichen Sache respektieren. Die §§ 906 ff. BGB seien deshalb im öffentlichen Recht nur insoweit entsprechend anwendbar, als nicht die widmungsgemäße Verwendung der öffentlichen Sache entgegenstehe (3).

Jetzt kann man wiederum zum Ausgangspunkt der Überlegungen zurückkehren und noch einmal die Frage stellen, ob § 906 BGB im öffentlichen Recht entsprechende Anwendung findet.

1) Hardinghaus, Öffentliche Sachherrschaft und öffentliche Sachwaltung, S. 138

2) derselbe, a.a.O., S. 138

3) derselbe, a.a.O., S. 138

Für eine Analogie (1) läßt sich anführen, wie die obigen Ausführungen ergeben haben, daß § 906 BGB mit § 1004 BGB in engem Zusammenhang steht und § 1004 BGB analog ins öffentliche Recht übertragen werden kann. Außerdem spricht für eine analoge Anwendung des § 906 BGB im öffentlichen Recht, daß man hierdurch auf eine gesetzliche Normierung zurückgreifen könnte und deshalb nicht mit allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu arbeiten braucht. Hierin ist auch der Grund zu suchen, warum Rechtsprechung und Literatur immer von § 906 BGB ausgehen, wenn sie die Voraussetzungen des Abwehranspruchs gegen die öffentliche Hand zu bestimmen haben. Gegen eine Übertragung des § 906 BGB ist jedoch einzuwenden, daß § 906 BGB nur auf einen Interessenausgleich privater Interessen gerichtet ist (2), während im Verwaltungsrecht auch das öffentliche Interesse Berücksichtigung finden muß. Die herrschende Lehre hilft sich nun damit, daß sie bei Immissionen der öffentlichen Hand § 906 BGB modifiziert und aus dem öffentlichen Interesse eine erhöhte Duldungspflicht der betroffenen Nachbarn konstruiert. Das aber bedeutet, daß man bei Immissionen der öffentlichen Hand die Duldungspflichten letztlich nicht an § 906 BGB, sondern am öffentlichen Interesse mißt.

1) zum Begriff der Analogie: siehe oben S. 79 Fn. 3
2) vgl. nochmals oben S. 17 - 23

III. Die Notwendigkeit eines eigenständigen öffentlichen Nachbarrechts

Aus allem dem läßt sich schließen, daß die Transferierung des § 1004 BGB ins öffentliche Recht diese Bestimmung in eine ganz anders dimensionierte Dynamik versetzt, "in eine Dynamik nämlich, in welcher das Individualinteresse nicht einem anderen Individualinteresse, sondern unvermittelt dem öffentlichen Interesse gegenübertritt" (1). Im öffentlichen Recht bewegt sich § 1004 BGB in einer Polarität, "in der notwendig andere Proportionen und Interessenkollisionen herrschen, andere Norm- und Pflichtinhalte bestehen und deshalb auch etwaige Schutzrechte des einzelnen ganz andere Funktionen und Zwecke zu erfüllen haben als jene des Zivilrechts" (2). Mit der Übernahme des § 1004 BGB ins öffentliche Recht haben seine Voraussetzungen in ihrer Ausgestaltung einen entscheidenden Wandel erfahren, und man kann ihnen in dieser anders gearteten Dynamik nicht dieselbe Ausprägung wie im Zivilrecht zusprechen.

-
- 1) Rupp, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, S. 233
 - 2) derselbe, a.a.O., S. 233; ebenso: Ipsen, Das Bundesverfassungsgericht und das Privateigentum, AGR Bd. 31, S. 61 mit Fn. 6

§ 906 BGB ist eine privatrechtliche Vorschrift. Seinem Standort im Bürgerlichen Gesetzbuch entsprechend will er die beiderseitigen Dispositions- und Ausschließungsbefugnisse privater Nachbarn miteinander in Einklang bringen (1) und die privaten nachbarlichen Lebensverhältnisse regeln. Beide Parteien sollen möglichst ungestört die privatnützige Verwendungsfreiheit ihrer Grundstücke verwirklichen können.

Im öffentlichen Nachbarrecht indes ist Beklagter die öffentliche Hand, die auf ihren Grundstücken im Interesse des allgemeinen Wohles Verwaltungsaufgaben erfüllt (2). Hieraus ergibt sich eine Rangordnung der Interessen, die § 906 BGB nicht ins Auge faßt. So ermöglicht das öffentliche Recht unter gewissen Voraussetzungen sogar den vollständigen Entzug des Eigentums, während aus dem bürgerlichen Nachbarrecht das Gegenteil zu schließen wäre, denn dort sind Eigentumsbeeinträchtigungen nur in sehr beschränktem Umfange zulässig.

1) hierzu das Beispiel vom nächtlichen Waldhornbläser, siehe oben S. 17

2) hierzu: Stern, Die öffentliche Sache, VVDStRL Heft 21, S. 202 - 204

Mithin läßt sich festhalten, daß § 906 BGB nicht auf eine Beachtung des öffentlichen Interesses zugeschnitten ist (1).

Will man § 906 BGB trotzdem im öffentlichen Recht anwenden und dennoch dem öffentlichen Interesse Geltung verschaffen, dann ist man gezwungen, § 906 BGB zu entwurzeln. Man beruft sich zwar auf § 906 BGB, verwirft aber die Abwehrklage, obwohl sie nach § 906 BGB zuzubilligen wäre. Die Begründung ergibt sich nicht mehr aus § 906 BGB selbst, sondern liegt außerhalb dieser Bestimmung und beruht auf öffentlich-rechtlichen Überlegungen. Dann aber ist nicht mehr einzusehen, welchen Sinn es haben sollte, § 906 BGB zu beanspruchen.

Schließlich hilft es auch nicht weiter, wenn man § 26 GewO (2) heranzieht (3). § 26 GewO schränkt die Abwehrklage nicht mit Rücksicht auf die behördliche Entscheidung (4) und damit das öffent-

-
- 1) Martens, Öffentlich-rechtliche Probleme des negatorischen Rechtsschutzes gegen Immissionen, S. 92 ff. und in DVBl 1968, S. 150; Müller, Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche im Verwaltungsrecht, S. 185 ff. (insbesondere S. 189 - 191); ähnlich: Beck, Grenzen der Anwendbarkeit des bürgerlichen Sachenrechts auf die öffentlichen Sachen, S. 300;
zum Hamburgischen Wegegesetz: Stoll und Schultze v. Lasaulx, zitiert bei Scholz, Die Lehre vom öffentlichen Eigentum im geltenden deutschen Recht, S. 77; Scholz selbst ebenso: a.a.O., S. 79 f. und S. 215 ff.
 - 2) Dasselbe gilt für: § 7 Abs. IV AtomG und § 11 LuftVg
 - 3) so aber vielfach die Literatur: vgl. oben S. 115
 - 4) so aber: Fröhler in Landmann-Rohmer, Gewerbeordnung, § 26 Rd.Nr. 3

liche Interesse ein. In dem der behördlichen Genehmigung vorausgehenden Verfahren werden auch die nachbarlichen Verhältnisse berücksichtigt, denn die Nachbarn können Einwendungen erheben (§§ 17 Abs. II, 19 Abs. II GewO). Sie werden zu dem Verfahren zugezogen. Der tiefere Grund für § 26 GewO liegt folglich darin, "daß die Immissionsfrage ein für allemal vorweg geprüft werden soll und zur Erteilung oder Verweigerung der Genehmigung führt" (1).

Eine sachgerechte und begründete Antwort auf die Frage nach dem öffentlichen Nachbarrecht läßt sich allein im öffentlichen Recht ermitteln. Das Fehlen einer speziellen Immissionsregelung ist dabei kein Hindernis, weil die Verfassung und die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts ein ausreichendes Instrumentarium bieten, aus welchem ein eigenständiges öffentliches Nachbarrecht konstruiert werden kann.

1) Baur, Lehrbuch des Sachenrechts, S. 213 f.

B. Die Entwicklung eines eigenständigen
öffentlichen Nachbarrechts

Grundlage für die Konstruktion eines öffentlichen Nachbarrechts hat die Unterscheidung zwischen rechtmäßigen und rechtswidrigen Einwirkungen auf das Eigentum zu sein (1), denn nur gegen rechtswidrige Beeinträchtigungen ist ein Abwehranspruch denkbar.

Die Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Verwaltungshandlung erfolgt im deutschen Verwaltungsrecht einer langen Tradition entsprechend nach dem Gesetzmäßigkeitsprinzip. Andererseits gilt es zu bedenken, daß es sich bei Immissionen um Einwirkungen auf das Eigentum handelt und der Abwehranspruch aus der Eigentumsgarantie entwickelt wurde.

1) Leisner, Gefährdungshaftung im öffentlichen Recht?, VVDStRL Heft 20, S. 242 (Leitsätze unter II); Müller, Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche im Verwaltungsrecht, S. 84

I. Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung

Dem in der Verfassung verankerten Gesetzmäßigkeitsprinzip wird ein zweifacher Inhalt beigelegt. Man subsumiert unter den Begriff des Gesetzmäßigkeitsprinzips den Vorrang des Gesetzes und den Vorbehalt des Gesetzes.

Der V o r r a n g d e s G e s e t z e s besagt, daß Maßnahmen der Verwaltungsbehörden nicht gegen die Gesetze oder andere Rechtsätze verstoßen dürfen (1). Hieraus ergibt sich, daß im Bereich des öffentlichen Rechts eine Immission auf jeden Fall immer dann rechtswidrig ist und folglich mit der negatorischen Klage abgewehrt werden kann, wenn die Beeinträchtigung gegen einen Rechtssatz verstößt.

Das Erfordernis des G e s e t z e s v o r b e -
h a l t s bedeutet, daß Vollzugsakte der Verwaltungsbehörden nicht kraft eigener Machtvollkommenheit der Exekutive ergehen dürfen, sondern nur vorbehaltlich einer Ermächtigung zulässig

1) statt vieler: Maunz in Maunz-Dürig, Art. 20 Rd.Nr.
127

sind, die sich wiederum auf ein förmliches Gesetz zurückführen lassen muß (1). Wenn also der Gesetzesvorbehalt auch für das Immissionsrecht gilt, sind Immissionen nur rechtmäßig und zu dulden, sofern die Verwaltungsbehörden hierzu in einer gesetzlichen Vorschrift ausdrücklich ermächtigt sind.

Ursprünglich galt der Gesetzesvorbehalt nur für gezielte Eingriffe im Bereich der Eingriffsverwaltung (2). Immissionsbeeinträchtigungen sind jedoch in aller Regel nicht beabsichtigt. Auch gehört die sie verursachende Verwaltungstätigkeit meist nicht der Eingriffs-, sondern der Leistungsverwaltung an. Schullärm, Belästigungen durch Straßenbau, Gerüche von Müllplätzen, Störungen durch städtische Verkehrsbetriebe gehen auf Tätigkeiten im Bereich der Leistungsverwaltung zurück.

Zum Teil wird der Gesetzesvorbehalt auch heute noch sehr eng aufgefaßt und nur auf gezielte Eingriffe in Freiheit und Eigentum (3) angewandt. Zum Teil spricht man ihm umfassende Geltung zu, so daß er auch das Immissionsrecht erfassen würde (4).

1) statt vieler: Maunz in Maunz-Dürig, Art. 20, Rd. Nr. 128

2) siehe unten S. 125 ff.

3) siehe unten S. 128 ff.

4) siehe unten S. 131 ff.

1. Die Beschränkung des Gesetzesvor-
behalts auf gezielte Eingriffe in
"Freiheit und Eigentum"

Eng wurde das Gesetzmäßigkeitsprinzip im liberalen Rechtsstaat aufgefaßt. Heute wird vielfach noch dieselbe Meinung vertreten, zum Teil dehnt man aber gerade unter Bezugnahme auf die damaligen Überlegungen das Gesetzmäßigkeitsprinzip erheblich aus, und zum Teil setzt man neue Erkenntnisse in bewußten Gegensatz zur Theorie des liberalen Rechtsstaates. Deshalb muß die Erörterung bei der Theorie des liberalen Rechtsstaates einsetzen.

a) Das Gesetzmäßigkeitsprinzip im liberalen Rechtsstaat

Der liberale Rechtsstaat ist die Reaktion auf den Absolutismus, dessen Aufgaben sehr weit gesteckt waren. Als Sicherheitspolizei hatte er Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung abzuwehren, als Wohlfahrtspolizei die äußere

Glückseligkeit seiner Untertanen zu befördern (1).

Der bürgerliche Rechtsstaat drängte die staatliche Macht zurück, indem er die Polizei auf die Gefahrenabwehr beschränkte (2). Daneben wurde als legitimer Staatszweck die Erhebung von Abgaben, insbesondere Steuern, anerkannt (3). Die Darreichung von Leistungen und die Gestaltung gesellschaftlicher Zustände und Vorgänge, also die sogenannten Wohlfahrtszwecke, waren nur noch als "sekundäre und eigentlich irreguläre" Verwaltungszwecke zugelassen (4). Für ihre Verwirklichung schied folglich die Anwendung polizeilicher, d. h. obrigkeitlicher Mittel grundsätzlich aus (5). Der Obrigkeit verblieb der Bereich, den man heute als Eingriffsverwaltung bezeichnet.

Dementsprechend äußerte sich für die liberale Theorie die staatliche Tätigkeit der Gesellschaft gegenüber vor allem im Steuerbescheid und in der Polizeiverfügung. Sie waren typische Formen der Verwirk-

-
- 1) Badura, Verwaltungsrecht im liberalen und im sozialen Rechtsstaat, S. 9
 - 2) derselbe, a.a.O., S. 9 und: Das Verwaltungsrecht des liberalen Rechtsstaates, S. 25
 - 3) derselbe, Das Verwaltungsrecht des liberalen Rechtsstaates, S. 25
 - 4) derselbe, a.a.O., S. 25
 - 5) derselbe, Verwaltungsrecht im liberalen und im sozialen Rechtsstaat, S. 10 und 19

lichung liberaler Verwaltungszwecke (1).
Ihre Verallgemeinerung schuf den Begriff
des Verwaltungsaktes (2).

Daneben trat als weitere Beschränkung absoluter Macht die Bindung der Exekutive an das Gesetz (3), das im Zusammenwirken des Monarchen mit der Gesellschaft zustande kommen mußte und die Grenze zwischen den staatlichen Befugnissen und dem Innenraum der Gesellschaft, umschrieben durch das Begriffspaar "Freiheit und Eigentum", festlegte. Das Gesetz wurde als Verwirklichung des Rechts schlechthin angesehen. Wie weit erstreckte sich nun aber die Bindung der Exekutive?

Entsprechend dem liberalen Verständnis der Staatsaufgaben und ihrer typischen Erscheinung, dem Verwaltungsakt, bezog sich das Gesetzmäßigkeitsprinzip ursprünglich nur auf Einzelakte im Bereich der heutigen Eingriffsverwaltung. Damit wurde der Verwaltungsakt ebenfalls zu einer

-
- 1) Badura, Verwaltungsrecht im liberalen und im sozialen Rechtsstaat, S. 3
 - 2) derselbe, Das Verwaltungsrecht des liberalen Rechtsstaates, S. 25
 - 3) Jesch, Gesetz und Verwaltung, S. 10 ff., 19 f., 76 ff. und 91 ff.; Stödter, Öffentlich-rechtliche Entschädigung, S. 62

Form der Verwirklichung des Rechts (1) und entsprach der Logik und der Rechtsidee des liberalen Rechtsstaates. Ein geschlossenes System war entstanden, ein System allerdings, daß schließlich darauf verzichtet konnte, auf die Staatszwecke zurückzugreifen und ein Verwaltungsrecht der zweckentleerten Rechtsformen schuf (2).

b) Die Rezeption der Theorie
des bürgerlichen Rechtsstaates

In der Weimarer Zeit wurde die Vorbehaltsdoktrin der konstitutionellen Monarchie vollkommen rezipiert (3).

Nach 1945 nahm man zunächst bewußt die Tradition der Weimarer Zeit wieder auf, und es war bis vor einigen Jahren noch die herrschende Meinung, den Vorbehaltsbereich im Anschluß an die konstitutionelle "Freiheit und Eigentums"-Klausel auf gezielt belastende Eingriffe zu beschränken (4).

-
- 1) Badura, Verwaltungsrecht im liberalen und im sozialen Rechtsstaat, S. 9
 - 2) derselbe, a.a.O., S. 3, 16, 17 und in Das Verwaltungsrecht des liberalen Rechtsstaats, S. 57
 - 3) Jesch, Gesetz und Verwaltung, S. 152; Thieme, JZ 1964, S. 82
 - 4) hierzu: Selmer, JuS 1968, S. 493 mit Hinweis auf BVerwG Bd. 13, S. 279

Ähnlich war es im Enteignungs- und Aufopferungsrecht. Auch hier faßte man als Eingriff nur auf, was eingreifen soll. Um die Lücke im Staatshaftungsrecht zu schließen, schuf Forsthoff den Begriff der öffentlich-rechtlichen Gefährdungshaftung (1), der jedoch auf heftige Kritik stieß (2).

Bei dieser Betrachtung blieb einer Beurteilung der Immissionen nach öffentlichem Recht der Boden entzogen. Woran sollte man sie messen ?

Otto Mayer schloß jede Unterlassungs- und Beseitigungsklage gegen Immissionen im öffentlichen Recht aus (3). Er berief sich dabei auf gewisse, allgemein anerkannte Notwendigkeiten des geordneten menschlichen Zusammenlebens (4). Die geforderte Kraft der Verwirklichung der Staatszwecke würde unzulässigerweise beeinträchtigt, wenn jedesmal haltgemacht werden müßte bis zur vollen Auseinandersetzung mit der Heiligkeit des Eigentums (5). Es könne nur Billigkeitsentschädigung gewährt werden (6).

-
- 1) Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 332 ff.; siehe auch oben S. 113 und 114 Fn. 1
 - 2) vgl. die Referate von Jaenicke und Leisner, Gefährdungshaftung im öffentlichen Recht?, VDDStRL Heft 20, S. 135 ff. bzw. 185 ff.; weitere Literaturnachweise bei Jaenicke, a.a.O., S. 135 Fn. 2
 - 3) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 2. Band, S. 122
 - 4) derselbe, a.a.O., S. 119
 - 5) derselbe, a.a.O., S. 119
 - 6) derselbe, a.a.O., S. 122

Überwiegend zog man sich aus der Schlinge, indem man Immissionen der öffentlichen Hand nach Privatrecht beurteilte. Hier hatte man in dem modifizierten § 906 BGB einen Maßstab zu ihrer rechtlichen Beurteilung (1).

1) siehe oben S. 111 - 115 und unten im 4. Kapitel

2. Die Ausweitung des Gesetzes-
vorbehalts auf die gesamte
öffentliche Verwaltung

a) Die Interdependenz von
Eingriff und Leistung

Bald jedoch wurden immer mehr Stimmen laut, die für eine radikale Ausdehnung des Gesetzmäßigkeitsprinzips auf die gesamte staatliche Verwaltungstätigkeit eintraten.

Die Diskussion entzündete sich freilich nicht an den Nebenfolgen, die nach wie vor ein Schattendasein führten, sondern an der Leistungsverwaltung, für die man eine umfassende Durchnormierung anstrebte. Den entscheidenden Impuls gab Imbodens Schrift "Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung". Er geht von der Überlegung aus, daß der Eingriffsvorbehalt auch heute noch uneingeschränkte Geltungskraft besitze. Sodann weist er auf die Interdependenz von Eingriff und Leistung hin. Was im heutigen sozialen Wirtschaftsstaat für die einen Vergünstigung und Gewährung bedeute, erweise sich für andere direkt oder indirekt, offen oder versteckt vielfach als Last (1). Das trete beson-

1) Imboden, Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung, S. 42; Obermayer, DVBl 1959, S. 356 und in Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, S. 188 (unter Bezugnahme auf Imboden); Maunz in Maunz-Dürig, Art. 20 Rd. Nr. 135

ders deutlich bei wirtschaftslenkenden Maßnahmen zutage, mit denen von Staats wegen bewußt in eine gegebene Wettbewerbslage eingegriffen werde, um diese zugunsten einer bestimmten Unternehmensgruppe zu verbessern, da in diesem Falle automatisch die Konkurrenzunternehmen wirtschaftlich beeinträchtigt werden (1).

Mit dieser Argumentation werden gleichsam durch die Hintertür die Nebenfolgen in den Gesetzesvorbehalt einbezogen, denn man fordert für die Leistungsverwaltung nur deshalb gesetzliche Grundlagen, weil sie als Nebenwirkung Beeinträchtigungen Dritter hervorrufen kann. Eingriffe in den Freiheitsbereich liegen nicht mehr allein bei direkten Zugriffen vor, sondern auch bei mittelbarer Zufügung wirtschaftlicher Nachteile (2). Eine ähnliche Entwicklung weist die Rechtsprechung zu den Grundrechten auf, wo jetzt ebenfalls mittelbare Beeinträchtigungen als Eingriffe gewertet werden (3).

In dem Bemühen, die erweiterte Vorbehaltsdoktrin nicht nur historisch, sondern auch aus der Verfassung zu belegen, stützt man sich auf zwei

1) Maunz, in Maunz-Dürig, Art. 20 Rd. Nr. 135

2) eindeutig: Maunz, a.a.O., Rd. Nr. 135

3) hierzu z. B.: Vogel, Gesetzgeber und Verwaltung, VVDStRL Heft 24, S. 152;
siehe auch oben S. 53 ff. und 83 ff.

Prinzipien, das der Demokratie und das des Rechtsstaats (1).

b) Die demokratische Funktion
des Gesetzmäßigkeitsprinzips

In der konstitutionellen Monarchie, so wird gefolgert, sei man von der absolutistischen Handlungsfreiheit des Staatsoberhauptes und damit zugleich der Exekutive, deren Chef es war, ausgegangen. Die Verwaltung sei als originäre Gewalt verstanden worden (2), und das Gesetzmäßigkeitsprinzip habe lediglich die Aufgabe gehabt, der Verwaltung Bindungen zum Schutze der Gesellschaft aufzuerlegen. Die absolutistische Handlungsfreiheit sei damit nur insoweit verloren gegangen, als die Verfassung dies angeordnet habe, d. h. für gezielte Eingriffe in den Bereich der Gesellschaft (3). Ansonsten habe die Verwaltung aus eigener Machtvollkommenheit handeln können.

Unter der Herrschaft des Grundgesetzes habe sich indes die Verfassungsstruktur entscheidend

1) Obermayer, Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, S. 147

2) Jesch, Gesetz und Verwaltung, S. 204; Mallmann, Schranken nichtstaatlicher Verwaltung, VVDStRL Heft 19, S. 177; Rübner, Formen öffentlicher Verwaltung, S. 222

3) wie Fn. 2

gewandelt (1). Die Verwaltung sei keine originäre Gewalt mehr, sondern empfange alle ihre Befugnisse erst aus der Verfassung (2). Da diese Verfassung eine demokratische ist, bedürfe jegliche Verwaltungstätigkeit der Legitimierung durch einen Beschluß der gewählten Volksvertretung, also durch ein Gesetz (3).

Gewiß mag es richtig sein, daß nach der geltenden Verfassungsstruktur die Verwaltung nicht mehr als originäre Gewalt angesehen werden kann und alle ihre Befugnisse aus der Verfassung empfängt. Dennoch ist es nicht möglich, aus dem demokratischen Prinzip auf den totalen Gesetzesvorbehalt zu schließen. Bachof gibt zu bedenken, daß der angeblich erforderliche Auftrag des parlamentarischen Gesetzgebers doch sicher auch unmittelbar durch die Verfassung erteilt worden sein könnte (4). Es darf deshalb nicht verwundern, wenn der Hessische Verwaltungsgerichtshof und Bullinger die Ansicht vertreten, Art. 20 Abs. II GG bringe zum Ausdruck, daß das Volk im Bereich

-
- 1) Jesch, Gesetz und Verwaltung, S. 205; Rübner, Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft, S. 222 f.
 - 2) Jesch, a.a.O., S. 205
 - 3) derselbe, a.a.O., S. 205; Mallmann, VVDStRL Heft 19, S. 185 f.; Menger, Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, VerwArch. 1961, S. 196 f. (insbesondere S. 197); Rübner, a.a.O., S. 222 f.
 - 4) Bachof, Aussprache, VVDStRL Heft 19, S. 269

der Exekutive unmittelbar durch die Organe der vollziehenden Gewalt seine Staatsgewalt ausübe und nicht etwa nur mittelbar über die Legislative (1).

Aus dem demokratischen Prinzip läßt sich eine Ausweitung des Gesetzesvorbehalts nicht entnehmen. Man würde einen Gedankensprung vollziehen, der als richtig unterstellt, was erst zu beweisen wäre (2).

Hinzu kommt, daß es speziell in unserem Zusammenhang um den Rechtsschutzaspekt des Gesetzmäßigkeitsprinzips geht, der mit dem demokratischen Prinzip nichts zu tun hat. Eine Ausweitung des Gesetzmäßigkeitsprinzips unter dem Blickwinkel des Rechtsschutzes ist nur über seine rechtsstaatliche Funktion möglich, dessen historische Aussagekraft Imboden und seine Anhänger, wie oben dargestellt (3), der heutigen Lage angepaßt haben. Die jedem historischen Argument anhaftende Schwäche versucht man zu überbrücken, indem man weitere Gesichtspunkte dem der Verfassung inhärenten Rechtsstaatsprinzip

-
- 1) Hess. VGH in DÖV 1963, S. 881 f.; Bullinger, Vertrag und Verwaltungsakt, S. 94
 - 2) Rupp, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, S. 132 (hier auch Fn. 76); zur Kritik auch: Selmer, JuS 1968, S. 493 f.; Konrad Huber, Maßnahmegesetz und Rechtsgesetz, S. 175 Fn. 3
 - 3) siehe oben S. 131 f.

entnimmt, die unabhängig von ihrer geschichtlichen Wurzel heute volle Geltungskraft beanspruchen.

c) Die rechtsstaatliche Funktion
des Gesetzesvorbehalts

Unter einem Rechtsstaat versteht man einen Staat, dessen Ordnung die Freiheit seiner Bürger gewährleistet und Willkürakte ausschließt (1).

Hieraus wird abgeleitet, daß jegliche staatliche Machtäußerung vorausberechenbar sein müsse (2). Der Bürger müsse erkennen können, wann er Eingriffe in seinen Freiheitsbereich zu erwarten habe, und er müsse sich darauf einstellen können, ob er staatliche Leistungen beanspruchen dürfe (3). Diesem Gebot könne aber nur entsprochen werden, wenn die staatliche Tätigkeit in abstrakten Normen vorgezeichnet sei.

-
- 1) zum Rechtsstaatenprinzip: Giacometti, Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, S. 1 f., dessen Lehrbuch ein geschlossenes System rechtsstaatlicher Staatsanschauung ist
 - 2) Giacometti, a.a.O., S. 6; Wolff, Verwaltungsrecht, Bd. I, S. 153
 - 3) zur Voraussehbarkeit und Meßbarkeit staatlicher Machtäußerung: Maunz, Deutsches Staatsrecht, S. 65 f.; Giacometti, a.a.O., S. 6

Für Immissionen mag dieser Satz zunächst bedeutungslos erscheinen. Es handelt sich bei ihnen in aller Regel um Auswirkungen realer Verwaltungstätigkeit. Einem durchnormierten Immissionsrecht könnte, von besonders gelagerten Ausnahmefällen abgesehen, nicht entnommen werden, wann z. B. mit Staub- oder Geruchsbelästigungen zu rechnen ist. Aber man würde einem öffentlichen Immissionsrecht wenigstens seine Rechte für den Fall entnehmen können, daß derartiges geschieht. Das Immissionsrecht würde rationalisiert, wodurch die Freiheit des Bürgers gestärkt würde (1).

Zudem hätte man die Garantie, daß andere Bürger in derselben Situation ebenso behandelt würden, wie der Betroffene selbst. Auch das Gebot der Gleichbehandlung, ein Aspekt der Gerechtigkeit (2), ist Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips.

-
- 1) auch Forsthoff (Lehrbuch des Verwaltungsrechts) spricht auf S. 32 diesen Gedanken an; vgl. außerdem: Cronau, Der Haushaltsplan als Ermächtigungsgrundlage für die sozialgestaltende Verwaltung, S. 61
 - 2) hierzu: Bellstedt, DÖV 1961, S. 164; Giacometti, Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, S. 6; Cronau, a.a.O., S. 67; Obermayer, Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, S. 147; Wolff, Verwaltungsrecht, Bd. I, S. 153; Schaumann, JZ 1966, S. 721 ff.; Imboden, Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung, S. 17

Mit einer gesetzlichen Regelung wäre auch den Gerichten ein fester Maßstab zur Beurteilung von Immissionssachverhalten in die Hand gegeben. Art. 19 Abs. IV GG, der gegenüber jeglicher Rechtsverletzung durch die Staatsgewalt den Rechtsweg eröffnet, erhält seine volle Durschlagskraft erst, wenn er sich auf ein durchnormiertes materielles Verwaltungsrecht stützen kann (1). Ein Blick auf Rechtsprechung und Literatur zum Immissionsrecht zeigt die Unsicherheit der herrschenden Meinung, weil ihr mangels eines durchnormierten öffentlichen Immissionsrechts klare Maßstäbe zur rechtlichen Beurteilung fehlen (2). Man weicht ins Privatrecht aus und behilft sich mit § 906 BGB. Dann aber sieht man sich gezwungen, diese Regelung durch das öffentliche Interesse zu modifizieren.

Schließlich beruft man sich zur Begründung eines totalen Gesetzesvorbehalts auch noch auf das Gewaltenteilungsprinzip. Seine Aufgabe sei es, an jeder staatlichen Funktion die verschie-

-
- 1) Cronau, Der Haushaltsplan als Ermächtigungsgrundlage für die sozialgestaltende Verwaltung, S. 61 und 77; in dieser Richtung auch: Jesch, Gesetz und Verwaltung, S. 203; Menger, DVBl. 1960, S. 302; Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 11 und 133 f.
 - 2) siehe oben S. 107 - 115 und unten S. 242 ff. wo noch einmal auf diese Frage genau eingegangen wird

denen politischen Mächte derart zu beteiligen, daß ein organisches Zusammenwirken das Resultat sei (1). Gewaltenteilung sei nicht Gewaltentrennung, sondern Gewaltengliederung (2). Erst das Gesetzmäßigkeitsprinzip ermögliche es, das Ziel der Gewaltengliederung zu erreichen, nämlich die gegenseitige Kontrolle und Hemmung der drei Gewalten zur Verhinderung von Machtmißbrauch und zur Schonung der Einzelpersönlichkeit.

d) Gesetzlich normierte Duldungspflichten im Immissionsrecht

So wird denn auch für Immissionen, als tatbestandsmäßige Einwirkungen auf die Freiheits-sphäre, eine Grundlage im positiven Recht verlangt (3). Es müsse entweder den Verwaltungsbehörden die Befugnis zur Vornahme der Ein-

1) Böckenförde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, S. 138; Franz Mayer, Das verfassungsrechtliche Gebot der gesetzlichen Ermächtigung, S. 192 ff.

2) Begriff von Hegel (siehe Böckenförde, a.a.O., S. 138)

3) Müller, Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche im Verwaltungsrecht, S. 132, 152 und vor allem S. 190; Leisner, Gefährdungshaftung im öffentlichen Recht?, VVDStRL Heft 20, S. 207 f.

wirkungen erteilt oder den Betroffenen
expressis verbis die Pflicht zu ihrer
Duldung auferlegt sein (1).

Diesen Anforderungen entsprechen vor allem
§ 2 Abs. I Nr. 7 Satz 1 Bundesleistungsge-
setz (BLG) und § 21 Abs. I Hamburgisches
Wegegesetz.

§ 2 Abs. I Nr. 7 Satz 1 BLG besagt, daß als
Leistung an das Militär auch die Duldung von
Einwirkungen auf unbewegliche Sachen verlangt
werden kann, worunter Immissionen fallen (2).

Nach § 21 Abs. I Hamb. WegeG haben die Eigen-
tümer und Besitzer von Anliegergrundstücken
im Verhältnis zum öffentlichen Eigentümer solche
von den öffentlichen Wegen ausgehende Einwir-
kungen zu dulden, die sich aus der Ausübung des
Gemein- oder Anliegergebrauchs, aus Arbeiten auf,
über oder unter den Wegen und aus der Ausübung
bestimmter, der Allgemeinheit dienender Sonder-
nutzungsbefugnisse ergeben.

-
- 1) Martens, Öffentlich-rechtliche Probleme des
negatorischen Rechtsschutzes gegen Immissionen,
S. 92 f.
 - 2) Bauch-Danckelmann, Bundesleistungsgesetz
§ 2 Anm. 2 f.; Spreckelsen, Bundesleistungsge-
setz § 2 Anm. 7,
Auf Darlegungen zur rechtstechnischen Ausge-
staltung der Heranziehung zu einer Leistung nach
dem BLG kann im Rahmen dieser Arbeit verzichtet
werden.

Duldungspflichten können auch aus Planfeststellungsverfahren hervorgehen. § 17 Abs. VI Bundesfernstraßengesetz schließt Ansprüche auf Beseitigung oder Änderung der festgestellten Anlage aus (1). Nach § 36 Abs. I Satz 2 Bundesbahngesetz umfaßt die Planfeststellung die Entscheidung über alle von ihr berührten Interessen. Mit dem Feststellungsvermerk kann die Durchführung des festgestellten Planes weder mit verwaltungsrechtlichen noch mit privatrechtlichen Mitteln abgewendet werden. Unterlassungs-, Beseitigungs- und Änderungsansprüche gegen den Bau und den Bestand der Anlage können nicht mehr erhoben werden (2).

Einige Gesetze erklären § 26 GewO für entsprechend anwendbar. Es wurden im Rahmen dieser Arbeit bereits Bedenken gegen eine Übertragung dieser Vorschrift ins öffentliche Nachbarrecht erhoben (3). Die betreffenden Gesetze gehen indes von der Vorstellung aus, daß Immissionen der öffentlichen Hand nach Privatrecht zu beurteilen seien. Die Zuordnungsfrage (4) kann hier vorerst dahinge-

-
- 1) hierzu: Marschall, Bundesfernstraßengesetz § 17 Rd. Nr. 12
 - 2) Koch, Zur Rechtsordnung der sächlichen Mittel der Eisenbahnen
 - 3) siehe oben S. 120 f.
 - 4) die Frage also, ob es sich bei Immissionsstreitigkeiten mit der öffentlichen Hand um öffentliches oder um Privatrecht handelt (hierzu 4. Kapitel)

stellt bleiben. Zunächst geht es um die materiellrechtliche Frage der Voraussetzungen des Abwehranspruchs. Dabei ist es durchaus möglich, diese Gesetze öffentlich-rechtlich zu deuten und als Rechtsgrundlagen für Immissionen zu bewerten. Dann allerdings, wäre der Verweis auf § 26 GewO als reiner Rechtsfolgeverweis aufzufassen. Es lassen sich vor allem folgende Normen auführen: Art. 80 Bayer., Art. 92 Hess. und Art. 224 Württemberg. AG BGB, die sich auf Eisenbahn-, Dampfschiffahrts- und ähnliche Unternehmen, welche dem öffentlichen Verkehr dienen, beziehen. Außerdem gehört in diesen Zusammenhang § 1 des Gesetzes über die Beschränkung der Nachbarschaftsrechte gegenüber Betrieben, die für die Volksgesundheit von besonderer Bedeutung sind (1), in Verbindung mit dem Gesetz, die Volksertüchtigung betreffend (2). § 1 jenes Gesetzes schützt Krankenhäuser, Heilanstalten, Genesungsheime, Bade- und Kuranstalten der öffentlichen Hand.

-
- 1) vom 18. 10. 1935 (RGBl. I S. 1247)
 - 2) vom 13. 12. 1933 (RGBl. I S. 1058); zur Gültigkeit dieses Gesetzes: Fröhler in Landmann-Rohmer, § 26 Rd. Nr. 6

3) Die Verwaltungszwecke als
Legitimationsgrundlagen

a) Verwaltung ohne explizite
Rechtsgrundlagen

Für ein weites Feld öffentlicher Aufgaben fehlen indes s p e z i e l l e Immissionsregelungen. Das trifft vor allem für kommunale und staatliche Einrichtungen, Anstalten und Veranstaltungen zu. Keine gesetzliche Bestimmung verpflichtet expressis verbis zur Duldung von Schallärm. Nirgends findet sich eine ausdrückliche Ermächtigung zur Immission von Gerüchen, Rauch und Asche-
teilchen durch einen Müllplatz. Ebensowenig ist in den Gesetzen niedergelegt, daß der Lärm und die Gerüche einer Kirmes (1) hinzunehmen seien.

Allerdings sind die Veranstaltungen, auf welche die Immissionen zurückgehen, als solche regelmäßig legal. In den Verfassungen und den Ge-

1) Solche Veranstaltungen der Volksbelustigung dienen dem öffentlichen Wohl, somal die Bevölkerung sie erwartet und an der regelmäßigen Abhaltung derartiger Volksfeste traditionsgemäß hängt. Ein Urteil des Bundesgerichtshofs, das sich mit den Immissionen einer Kirmes auseinanderzusetzen hatte, wird an späterer Stelle noch besprochen (siehe unten S. 223 ff. und 247 ff.)

setzen ist der öffentlichen Hand ihre Durchführung zur Aufgabe gemacht.

Wer für eine strenge Handhabung des Gesetzmäßigkeitsprinzips eintritt, dürfte jedoch zur Legalisierung von Eingriffen, wozu nach heutiger Auffassung auch Nebenwirkungen rechnen (1), solche Aufgabennormen nicht heranziehen. Nach dieser Auffassung nämlich schafft die Aufgabennorm für das Handeln der Verwaltung nur eine erste Voraussetzung, aber keine Rechtsgrundlage (2). Eingriffe in die Rechte Privater sind danach nur auf Grund einer Befugnisnorm, die den Eingriff zum Gegenstand hat und inhaltlich hinreichend bestimmt ist, möglich (3).

Damit bleiben für die Vertreter eines totalen Gesetzesvorbehalts nur zwei Möglichkeiten. Entweder erklären sie alle Immissionen, die nicht durch eine Befugnisnorm gedeckt sind, für rechtswidrig (4), oder aber sie machen Ausnahmen vom Gesetzesvorbehalt.

1) vgl. oben S. 53 ff., 83 ff. und 131 ff.

2) zur Unterscheidung von Aufgaben- und Befugnisnormen: Franz Mayer, Das Opportunitätsprinzip in der Verwaltung, S. 21

3) Vor allem das Bayerische Polizeiaufgabengesetz unterscheidet deutlich zwischen Aufgaben- und Befugnisnormen.

4) diese Konsequenz will Fuß für den Bereich des Schulrechts ziehen, Verwaltung und Schule, VVDStRL Heft 23, S. 218

Die erste Möglichkeit wäre absurd und würde eine Katastrophe heraufbeschwören (1). Man sieht sich deshalb gezwungen, von der zweiten Gebrauch zu machen. Martens will "solange und soweit ... spezielle Immissionsregelungen fehlen", es für "zulässig und geboten" erachten, diejenigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften heranzuziehen, "auf denen Bestand, Unterhaltung und Betrieb der Verwaltungseinrichtungen beruhen ..." (2). Leisner mahnt zwar, daß sich das Argument der "impliziten Rechtfertigung ... bedenklich der Vorstellung" nähere, "daß hoheitliches Handeln im öffentlichen Interesse als solches und schlechthin Rechtsverletzungen heile ...", "eine Auffassung, die rechtsstaatliche Fortschritte aufheben würde" (3). "Bei den Fällen freilich, wo die Schäden (wie etwa bei Immissionen), mehr durch den normalen Betrieb, als durch einen davon zu trennenden abirrenden Vorgang hervorgerufen werden" sieht er trotzdem "eine diskutable Möglichkeit der impliziten Rechtfertigung" (4).

-
- 1) für das Schulrecht: Obermayer, Aussprache, VVDStRL Heft 23, S. 259; vgl. auch: Leisner, DVBl. 1960, S. 619 f.
 - 2) Martens, Öffentlich-rechtliche Probleme des negatorischen Rechtsschutzes gegen Immissionen, S. 94
 - 3) Leisner, Gefährdungshaftung im öffentlichen Recht?, VVDStRL Heft 20, S. 210
 - 4) derselbe, a.a.O., S. 210 Fn. 81

Man geht noch einen Schritt weiter und begnügt sich damit, wenn sich nicht einmal eine noch so minimale Orientierung der Verwaltungstätigkeit am Gesetz nachweisen läßt, die Immissionen auf der Grundlage einer Abwägung der widerstreitenden öffentlichen und privaten Interessen zu beurteilen (1). Ja, es wird schließlich sogar erwogen, den gesamten Bereich der Immissionen seitens öffentlicher Betriebe nur unter dem Aspekt der Interessenkollision zu behandeln (2).

Das Bemerkenswerte hierbei ist, daß man von einer radikalen Ausweitung des Gesetzmäßigkeitsprinzips ausgegangen ist, sich sodann durch die Rechtswirklichkeit gezwungen sieht, Einschränkungen und Ausnahmen zuzugestehen, und schließlich erwägt, ob man das Gesetzmäßigkeitsprinzip für die Immissionen durch eine bloße Interessenabwägung ersetzen soll.

Mit dieser Problematik wird die Rechtswissenschaft aber nicht nur bei den Nebenfolgen konfrontiert. Ein ganz großer Teil der Verwaltung spielt sich tatsächlich heute ohne spezielle gesetzliche Ermächtigungen ab (3). Überall dort

-
- 1) Müller, Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche im Verwaltungsrecht, S. 190
 - 2) derselbe, a.a.O., S. 190 f. (im Anschluß an Ernst Rudolf Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 38)
 - 3) Peters, Verwaltung ohne gesetzliche Ermächtigung?, S. 217 ff.; zum Subventionsrecht: Stern, JZ 1960, S. 518 ff.; zum besonderen Gewaltverhältnis: Fuß, Verwaltung und Schule, VVDStRL Heft 23, S. 199 ff.

sehen sich die Anhänger eines umfassenden Gesetzesvorbehalts genötigt, die entsprechenden Ermächtigungen "aus irgendwelchen allgemeinen und an den Haaren herbeigezogenen gesetzlichen Vorschriften zu konstruieren" (1).

Kann man in allen diesen Fällen wirklich nur von Ausnahmen sprechen, bei denen man sich vorübergehend damit abfinden muß, daß sie noch nicht genügend rechtsstaatlich durchdrungen sind? Muß sich das Recht also hier für eine Interimsperiode vor der Realität des Seins beugen und unterschwellig diesen weiten Bereichen staatlicher Tätigkeit das Odium der Rechtswidrigkeit aufprägen? Oder wurde mit der Ausweitung des Gesetzesvorbehaltes ein obsoletes Relikt einer vergangenen Verfassungsordnung einem grundlegend veränderten System aufgezungen, mit der Folge der geschilderten Ungeheimtheiten?

b) Die Wiederbesinnung auf die
Verwaltungszwecke

Sieht man von der zweifelhaften Berufung auf das

1) Peters, Verwaltung ohne gesetzliche Ermächtigung?, S. 217

demokratische Prinzip ab (1), so waren es zwei Gesichtspunkte, die im geltenden Verfassungsrecht einen umfassenden Gesetzesvorbehalt tragen sollten, der historische einerseits (2) und der rechtsstaatliche andererseits (3).

Bei dem historischen Argument muß die Kritik einsetzen. Es gilt nachzuweisen, daß das Gesetzmäßigkeitsprinzip für eine besondere staatsrechtliche Situation geschaffen wurde, die mit der heutigen nicht vergleichbar ist. Gleichzeitig ist darzutun, worin die Verwaltung, wenn nicht in expliziten Rechtsgrundlagen, ihre Legitimation finden soll (4).

Das gewonnene Ergebnis hat sodann seine Bewährungsprobe am Rechtsstaatsgedanken zu bestehen, der wesentlicher Bestandteil des Grundgesetzes ist (5).

-
- 1) siehe oben S. 133 - 136
 - 2) siehe oben S. 131 - 133
 - 3) siehe oben S. 136 - 139
 - 4) unter aa
 - 5) unter bb

aa) Der Wandel im Ver-
ständnis der Staats-
aufgaben

Die Doktrin des liberalen Rechtsstaates konnte von einer einzigen, genau definierten staatlichen Funktion ausgehen, der Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung. Diese Staatsfunktion wurde überwiegend durch gezielte Akte verwirklicht (1).

Gewiß gab es daneben bereits staatliche Leistungen (2), und der Bürger hatte auch schon diese und jene Nebenfolgen hinzunehmen (3). Beides aber spielte eine untergeordnete Rolle und konnte deshalb von der Rechtslehre vernachlässigt werden.

Das 20. Jahrhundert brachte eine gewaltige Ausweitung der staatlichen Aufgaben mit sich (4). Hand in Hand hierzu war der Bürger immer stärker den Nebenwirkungen der Verwaltung ausgesetzt (5).

-
- 1) hierzu ausführlicher oben S. 125 ff.
 - 2) Rübner, Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft, S. 24 ff.; Badura, Das Verwaltungsmonopol, S. 111 ff.
 - 3) Rübner, a.a.O., S. 26 Fn. 53 (bereits im 18. Jahrhundert gab es einzeln Müllabfuhr)
 - 4) hierzu ausführlicher oben S. 131 ff.
 - 5) Bereits 1938 schrieb Forsthoff in "Die Verwaltung als Leistungsträger", S. 12 : "Die Einwirkungen des Staates auf das Leben des einzelnen waren kaum je stärker als heute."

Dieser Wandel in der Rechtswirklichkeit, der seine verfassungsrechtliche Anerkennung im Rechtsstaatsprinzip fand (1), verlangt ein Neudurchdenken der verwaltungsrechtlichen Legitimationsgrundlagen, denn das auf die Staatsanschauung des liberalen Rechtsstaates zugeschnittene Gesetzmäßigkeitsprinzip ist in der überkommenen Form nicht mehr geeignet, die offenstehenden Probleme zu lösen (2).

Gemäß der materialistischen Einstellung der Bürger in der Gegenwart konnte die Rechtsprechung die Frage nach der Legitimation staatlicher Nebenwirkungen weitgehend ausklammern und konnte sich auf die Erörterungen entschädigungsrechtlicher Aspekte beschränken (3).

-
- 1) Badura, Verwaltungsrecht im liberalen und im sozialen Rechtsstaat, S. 22 f.
 - 2) in dieser Richtung auch: Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 340 ff.
 - 3) Der Bundesgerichtshof gewährt heute sowohl bei rechtmäßigen als auch bei rechtswidrigen Eingriffen auf das Eigentum einen Entschädigungsanspruch, ohne bei den rechtswidrigen Einwirkungen vorher zu prüfen, ob ein Abwehranspruch gegeben war (vgl. oben S. 58). Damit enthebt sich der Bundesgerichtshof der schwierigen Frage nach der Rechtmäßigkeit staatlicher Nebenwirkungen (z. B. BGH LM Nr. 15a zu Art. 14 GG).

Eine befriedigende Antwort auf die Frage nach der Legitimationsgrundlage staatlichen Handelns und staatlicher Eingriffsbefugnisse läßt sich nur finden, wenn man die formale Betrachtung durch eine materielle ersetzt (1).

Aufgabe der Verwaltung ist es und war es auch im liberalen Rechtsstaat, die Staatszwecke zu konkretisieren (2). Diese legitimieren zu öffentlich-rechtlichem Handeln und sind damit die eigentliche Wurzel für eine Privilegierung der öffentlichen Hand. Das Gesetzmäßigkeitsprinzip hatte sich nur als formales Kriterium im liberalen Rechtsstaat vor die damaligen Staatszwecke geschoben und diese in die Metajuristik verwiesen.

Die sozial-rechtsstaatliche Rechtstheorie muß, will sie ein Gebäude errichten, das nicht durch zahlreiche Ausnahmen brüchig wird (3), auf die Staatszwecke als eigentliche Legitimationsgrundlagen zurückgreifen und jene in den juristischen Alltag einführen.

1) Hierzu: Badura, Verwaltungsrecht im liberalen und im sozialen Rechtsstaat, S. 17; Peters, Verwaltung ohne gesetzliche Ermächtigung?, S. 209 und 215; zum besonderen Gewaltverhältnis, Leisner, DVBl. 1960, S. 619 ff.

2) Badura, a.a.O., S. 6

3) siehe oben S. 143 - 147

Der Gesetzesvorbehalt erlangt demgegenüber sekundäre Funktion, denn nur in Bereichen, in welchen die staatliche Machtentfaltung auch heute noch weitgehend formalisiert ist und explizite gesetzliche Grundlagen vorhanden sind, erübrigt sich ein Arbeiten mit materiellen Kriterien.

bb) Der Einfluß des Rechtsstaatsgedankens auf die Staatszwecke als Legitimationsgrundlagen

Bis jetzt ist allerdings das legitime Betätigungsfeld der Verwaltung nur in ganz groben Umrissen skizziert. Die Staatszwecke der Verfassung bedürfen noch der Konkretisierung und Präzisierung.

Die Konkretisierung der in der Verfassung vorgegebenen Staatszwecke darf aber nicht der Verwaltung selbst anheimgestellt werden (1). Damit würde nur ein venire contra factum proprium erreicht werden, während im übrigen die Verwaltung völlig frei wäre (2). Zum Schutze des Bürgers

1) Leisner, DVBl. 1960, S. 619

2) derselbe, a.a.O., S. 619

postuliert das Rechtsstaatsprinzip (1) feste Maßstäbe für das Handeln der Verwaltung. Alle staatliche Machtäußerung muß meßbar und berechenbar sein.

Wenn die herrschende Meinung Immissionen zwar unter § 906 BGB subsumiert, dann aber den Bürger zur Duldung unter Berufung auf das öffentliche Interesse verpflichtet (2), mißachtet sie diese Grundsätze. Die Frage, warum das öffentliche Interesse gerade die betreffenden Immissionen rechtfertigt, bleibt offen.

Im Rechtsstaat ist es Aufgabe des Gesetzgebers, die abstrakten Ziele der Verfassung in bindende Verhaltensnormen für die Verwaltung umzusetzen. Allerdings ist im Gegensatz zur Auffassung der Vertreter eines totalen Gesetzesvorbehaltes nicht notwendig, daß der Gesetzgeber eine in alle Einzelheiten gehende Regelung trifft. Es genügt, wenn er für die Verwaltung die Leitlinien zieht. Er muß, orientiert an den Vorstellungen der Verfassung, die Aufgaben der Verwaltung lediglich so konkret umreißen, daß objektiv festgestellt werden kann, ob sich die Verwaltung an diese Leitlinien hält. Auf der so geschaffenen Basis kann dann die Verwaltung, wenigstens unter dem Aspekt des Ge-

1) siehe oben S. 136 - 139

2) siehe oben S. 112 - 115

setzmäßigkeitsprinzips, ihre eigene Initiative entfalten, ohne zum bloßen Gesetzesvollzug zu werden.

Soweit die Zwecke in den Gesetzen nicht niedergelegt sind, können sie den in der Gesellschaft herrschenden Vorstellungen entnommen werden (1). Auch diese geben objektive Maßstäbe, nach welchen die Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns beurteilt werden kann.

Damit bewegt sich die Lösung auf der Mitte zwischen einem radikalen Gesetzesvorbehalt, der für jede Verwaltungstätigkeit explizite Befugnisnormen verlangt, und der alleinigen Heranziehung des öffentlichen Interesses, womit man sich für Eingriffe durch Immissionen begnügen will (2). Sie wird aber dem grundsätzlichen Verhältnis von Gesetzgebung und Verwaltung gerecht, gibt der Verwaltung statt einer formalen eine materielle Legitimation und erfüllt rechtsstaatliche Anforderungen.

Freilich bedarf es zum letzten Punkt noch einer Anmerkung. Rechtsstaatliche Erwägungen können es für nötig erscheinen lassen, bei gewissen formalisierten Verwaltungshandlungen, wie etwa den gezielten Eingriffen, eine weitere Verdichtung der

1) Peters, Verwaltung ohne gesetzliche Ermächtigung?, S. 209

2) vgl. hierzu oben S. 146

Legitimationsgrundlagen zu verlangen, so daß für diese Bereiche schließlich doch sogenannte Befugnisnormen erforderlich sind. Damit wird aber nichts am Prinzip geändert. Das zeigt sich besonders deutlich am Bayerischen Polizeiaufgabengesetz in der Fassung vom 3. April 1963. Art. 2 umreißt die Aufgaben der Polizei und eröffnet ihr damit ein bestimmtes Betätigungsfeld. Man hält jedoch aus rechtsstaatlichen Gründen für geboten, die Polizei zur Erfüllung dieser Aufgaben auf bestimmte Befugnisnormen festzulegen, die in den Artt. 14 ff. Bay. Polizeiaufgabengesetzes aufgeführt sind. Im Bayerischen Polizeirecht kann deshalb aus der Tatsache der Aufgabenzuweisung noch nicht auf die Befugnis der Polizei zum Einschreiten geschlossen werden (1).

c) Die Legitimationsgrundlagen
im Immissionsrecht

Für den Immissionsbereich ist es weder nötig noch möglich (2), eine Verdichtung der Legitimationsgrundlagen zu Befugnisnormen zu verlangen. Hier kann es beim Grundsatz bleiben, daß Zweck- oder Aufgabennormen als Grundlage für ein Tätigwerden der Verwaltung genügen, denn bereits aus ihnen kann ersehen werden, wann Immissionen zu erwarten sind und welcher Art sie sein werden.

-
- 1) Franz Mayer, Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, S. 395
 - 2) Es fehlen hier weitgehend explizite Rechtsgrundlagen (siehe oben S. 143 ff.)

Die Gemeindeordnungen enthalten Vorschriften, die es den Gemeinden zur Aufgabe machen, öffentliche Einrichtungen zu schaffen, insbesondere Einrichtungen zur Aufrechterhaltung des öffentlichen Verkehrs, der öffentlichen Reinlichkeit, Gesundheit usw. (1). Aus diesen Vorschriften kann z. B. ersehen werden, daß die Gemeinden die Aufgabe haben, Müllplätze anzulegen und damit einen öffentlichen Zweck zu erfüllen. Immissionen, die von einem gemeindlichen Müllplatz ausgehen, sind deshalb grundsätzlich rechtmäßig und damit zu dulden, ohne daß die Duldungspflicht oder das Recht zur Immission besonders statuiert sein müßte. Die Immissionen sind die Folge der Verwirklichung einer gemeindlichen Aufgabe und damit ebenfalls durch die entsprechende Aufgabennorm legitimiert.

Sachlich hat sich gegenüber der Auffassung Martens, Leisners und Müllers (2) nichts geändert. Es besteht jedoch ein erheblicher dogmatischer Unterschied. Die Legitimation der Immissionen durch Aufgabenormen darf nicht mehr als Ausnahmeerscheinung gesehen werden, die nur

1) z. B.: Art. 57 Bay. GemO

2) siehe oben S. 145 f.

solange und soweit hinzunehmen ist, wie explizite Normen fehlen. Durch den Wechsel von einer formalen zur materiellen Betrachtungsweise staatlicher Legitimation des Verwaltungshandelns fügen sich die Immissionen in das System der Rechtsgrundlagen ein, ohne daß man einen Systembruch in Kauf nehmen muß.

II. Die Bedeutung des Eigentums- grundrechts für den Abwehranspruch

Die Weimarer Zeit sah in den Grundrechten nicht viel mehr als "Variationen über das Thema Gesetzmäßigkeit der Verwaltung" und löste die Grundrechte in das allgemeine Grundrecht auf Freiheit von ungesetzlichem Zwang auf (1). Die Grundrechte waren eben nur einzelne Hauptpunkte der bereits durch den allgemeinen Gesetzesvorbehalt für die staatliche Exekutive gezogenen Grenzen (2).

Bei dieser Betrachtungsweise wäre es unnötig, auf Art. 14 GG näher einzugehen. Sein Abs. I Satz 2 wäre nichts anderes als ein Niederschlag des allgemeinen Gesetzesvorbehalts, der für Eingriffe in "Freiheit und Eigentum"

1) Krüger, DVBl. 1950, S. 625 - 626

2) Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs, S. 511; Vogel, Gesetzgeber und Verwaltung, VVDStRL Heft 25, S. 149 f.
So wohl auch Thoma, Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der Deutschen Reichsverfassung im allgemeinen, S. 15 und 33: er sieht die Bedeutung der Institutsgarantie vor allem im Praktisch-politischen. Eine Institutsvernichtung liege nicht im Bereich des Wahrscheinlichen. (Ganz anders die heute herrschende Lehre; siehe oben S. 87 ff.). Andererseits enthält der Aufsatz von Thoma bereits Gedanken, die auf die heute herrschende Anschauung hinweisen (a.a.O., S. 37 f.)

eine gesetzliche Grundlage verlangt (1). Lediglich Abs. III würde für eine besondere Kategorie von Eingriffen eine verschärfte Regelung enthalten. Vereinzelt klingt diese Ansicht auch noch im neueren Schrifttum an (2).

Mit der Einfügung von Art. 1 Abs. III und Art. 19 Abs. II GG in die Verfassung kann jedoch den Grundrechten eine eigenständige Bedeutung gegenüber dem Gesetzmäßigkeitsprinzip nicht mehr abgesprochen werden (3). Die Selbstherrlichkeit des Gesetzgebers ist beseitigt. Die Grundrechte bestehen nicht mehr nur im Rahmen der Gesetze, sondern die Gesetze im Rahmen der Grundrechte (4), soweit es sich nicht um verfassungsändernde Gesetze handelt. Diese wiederum dürfen nicht gegen Art. 79 Abs. III GG verstoßen.

Leisner hat die veränderte Rechtslage treffend zusammengefaßt (5): "Die Legalität steht in dem Sinn über jeder Verwaltungshandlung, daß sie den Raum zu dieser erst schafft, sie damit auf den Bereich einer inneren Linie drängt, der von der

-
- 1) hierzu auch: Bettermann, Grenzen der Grundrechte, S. 3. und 4
 - 2) Müller, Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche im öffentlichen Recht, S. 184; Weber, Eigentum und Enteignung, S. 364; Ernst Rudolf Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Band, S. 11 und 18; Maunz in Maunz-Dürig, Art. 20, Rd. Nr. 128 (zur Kritik hieran: Häberle, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. II GG, S. 130)
 - 3) z. B. Krüger, DVBl. 1950, S. 626
 - 4) derselbe, a.a.O., S. 626
 - 5) Leisner, DVBl. 1960, S. 622

grundsätzlich unendlichen Freiheitszone, jenseits einer durchgehenden Trennungslinie, sich abhebt. Das Tätigkeitsfeld der Verwaltung ist eine Insel im Meer der Freiheit von ungesetzlichem Zwang, das sich aber vor festen Dammbauten stets zurückzieht. Anders die Grundrechte: ... als äußerste Grenzen einer im übrigen unbeschränkten Staatsgewalt gegenüber entstanden, bilden sie selbst ... Inseln innerhalb der Eingriffsmöglichkeiten, welche die Legalität zuläßt".

Nachdem in den Verwaltungszwecken der Rechtsgrund für das Tätigwerden der Verwaltung gefunden wurde, muß jetzt als Gegenpol der Geltungsbereich der Eigentumsfreiheit aufgefächert werden, dessen innerster Kern bereits zur Anerkennung des öffentlich-rechtlichen Abwehranspruchs geführt hat (1). Die Umschreibung der Eigentumsgarantie muß der in Art. 14 GG vorgesehenen Abstufung folgen.

1) siehe oben S. 87 ff. (insbesondere S. 97 ff.)

1. Inhalts- und Schrankenbe-
stimmung gemäß Art. 14
Abs. I Satz 2 GG

Art. 14 Abs. I Satz 2 GG besagt, daß Inhalt und Schranken des Eigentums durch die Gesetze bestimmt werden.

Nicht jede staatliche Machtäußerung, die mit dem Eigentum in irgendeiner Form in Berührung kommt, ist eine Verletzung des Grundrechts und damit rechtswidrig. Das Eigentumsgrundrecht ist einer gesetzlichen Regelung zugänglich.

Sollte das nichts anderes als eine Öffnung gegenüber dem allgemeinen Gesetzmäßigkeitsprinzip bedeuten, dann ließen sich alle Immissionen als erlaubt unter Art. 14 Abs. I Satz 2 GG subsumieren, sofern sie sich entweder auf eine explizite Rechtsnorm zurückführen lassen oder durch eine weit gehaltene Aufgabennorm oder schließlich sogar durch das allgemeine Bewußtsein von den Zwecken der Verwaltung gedeckt sind.

Die Frage ist jedoch, ob Art. 14 Abs. I Satz 2 GG wirklich nichts anderes als ein Verweis auf das allgemeine Gesetzmäßigkeitsprinzip ist.

Eine befriedigende Antwort auf diese Frage läßt sich nur dann finden, wenn man auf die Struktur der grundrechtlichen Eigentumsgarantie eingeht und Telos und Wortgehalt von Art. 14 Abs. I Satz 2 GG berücksichtigt. Hat man auf diese Weise ermittelt, was unter dem Satz "Inhalt und Schranken des Eigentums werden durch die Gesetze bestimmt" zu verstehen ist, dann kann man festlegen, wann Immissionen unter Art. 14 Abs. I Satz 2 GG zu subsumieren sind und deshalb als rechtmäßige Einwirkungen auf das Eigentum keinen Abwehranspruch auslösen.

Häberle hat mit seiner Habilitationsschrift über die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. II GG einen entscheidenden Beitrag zum richtigen Verständnis der Grundrechte und ihrer Schranken geleistet (1).

Die Formel vom gesetzgeberischen Eingriff in "Freiheit und Eigentum" ist ein Erbe des Naturrechts (2). Das Naturrecht hat die Freiheit als das natürlich und unbegrenzt Bestehende verstanden (3). Das Recht hat einen negativen Charakter gehabt, indem ihm die Aufgabe zugesprochen worden

1) Häberle, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. II Grundgesetz

2) derselbe, a.a.O., S. 145 ff.

3) derselbe, a.a.O., S. 146

ist, die natürliche Handlungsfreiheit zu beschränken (1). Hieraus erklärt sich die Identifizierung des Rechts mit Eingriff und Beschränkung. Dieses naturrechtliche Denken ist von entscheidendem Einfluß auf die liberale Lehre vom Gesetzmäßigkeitsprinzip gewesen (2). Für den ausgeprägten Subjektivismus des liberalen Rechtsstaates hat das Recht ebenfalls als Eingriff und Schranke erscheinen müssen (3). Dementsprechend mußte sich das Recht für die Sicht des liberalen Rechtsstaates in Befehl und Zwang äußern.

Die Freiheit steht aber nicht jenseits des Rechts, sondern lebt innerhalb des Rechts (4). "Freiheit und Eigentum" sind nicht vom Recht isolierte Lebensverhältnisse, sondern rechtlich geordnete Wirklichkeiten (5). Die grundrechtliche Freiheit ist eine im Recht ausgestaltete und eben hierdurch geschützte, durch das Recht begrenzte und auf dieses wesensmäßig angewiesene Freiheit (6). Gerade die Rechtsordnung ist es, die die Freiheit schafft. "Freiheit und Eigentum" sind Rechtsbegriffe, und deshalb muß es zunächst Gesetze geben, die umschreiben, was "Freiheit und Eigentum" sind (7).

1) Häberle, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. II Grundgesetz, S. 145 und 146

2) derselbe, a.a.O., S. 148 und 162

3) derselbe, a.a.O., S. 150 ff. (vor allem aber S. 150)

4) derselbe, a.a.O., S. 146 und 225

5) derselbe, a.a.O., S. 146

6) derselbe, a.a.O., S. 146, 165, 169 und 225

7) derselbe, a.a.O., S. 158, 184 f.

Diesen Gesetzen kann aber kein Eingriffscharakter beigemessen werden (1). Man kann Grundrechte und Recht nicht nur als einen Komplex von Schranken, Einschränkungen, Abgrenzungen und Eingriffen sehen; hierdurch würde man nur den Grundrechtsbegriff und die Wirklichkeit dessen verzerren, was Gesetz und Recht sind (2).

Das Eigentum kann nicht als starrer Rechtsblock begriffen werden, sondern ist ein dynamischer und elastischer Inbegriff von Rechtsbeziehungen (3). Rechtsbeziehungen wiederum können nur durch die Rechtsordnung geschaffen werden. Damit erfährt das Eigentum seine Ausprägung erst in der Rechtsordnung; es ist nicht nur Grenze, sondern auch Gegenstand gesetzgeberischer Tätigkeit. Eigentum ohne gesetzliche Eigentumsordnung ist nicht denkbar. Wie sich die Rechtsordnung wandeln kann, so können sich auch die Konturen des Eigentums ändern. Nur in seinem innersten Kern, geprägt durch eine gewachsene Vorstellung vom Eigentum, ist es heute unantastbar (4). Diese Erkenntnis hat den öffent-

1) Häberle, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. II Grundgesetz, S. 158, 165 und 182

2) derselbe, S. 158

3) hierzu auch: Janssen, Der Anspruch auf Entschädigung bei Aufopferung und Enteignung, S. 137 f. bezüglich Art. 14 Abs. I GG; ausführlich siehe hierzu oben S. 91 ff. und 94 ff.

4) siehe oben S. 87 ff.

lich-rechtlichen Abwehranspruch gegen Einwirkungen auf das Eigentum geliefert (1).

Die geschilderte Vorstellung vom Eigentum liegt offensichtlich auch Art. 14 Abs. I Satz 2 GG zugrunde (2), wie sich schon aus seinem Wortlaut ergibt. Es heißt nicht, daß Eingriffe in die Eigentumsfreiheit nur durch oder auf Grund eines Gesetzes zulässig seien, sondern, daß Inhalt und Schranken des Eigentums durch die Gesetze bestimmt werden.

Obwohl die herrschende Meinung noch weitgehend vom Eingriffsdanken beherrscht ist, konnte sie sich über den Wortlaut des Art. 14 Abs. I Satz 2 GG nicht hinwegsetzen (3). Es gilt heute allgemein, daß Gesetze nach dieser Vorschrift inhaltsbestimmend, grundrechtsprägend, nicht jedoch grundrechtsbeschränkend sind (4). Allerdings zieht man hieraus nur eine einzige Schlußfolgerung, nämlich, daß das Zitiergebot des Art. 19 Abs. I Satz 2 GG auf Gesetze, die gemäß dieser Bestimmung erlassen

1) siehe oben S. 97 ff.

2) hierzu auch: Janssen, Der Anspruch auf Entschädigung bei Aufopferung und Enteignung, S. 137 und 138

3) Symptomatisch: Maunz, Deutsches Staatsrecht, S. 162 ("Art. 14 Abs. I Satz 2 GG enthält keinen speziellen Gesetzesvorbehalt, sondern stellt für den Sonderbereich des Eigentumsgrundrechts eine Parallele zu dem allgemeinen Verfassungsvorbehalt zur gesetzgeberischen Interpretation immanenter Grundrechtsschranken dar.")

4) Maunz in Maunz Dürig, Art. 14 Rd. Nr. 22; Kimminich, Bonner Kommentar, Art. 14 Rd. Nr. 33, von Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, Bd. I, S. 432

werden, keine Anwendung findet (1).

Wort- und Sinngehalt von Art. 14 Abs. I Satz 2 GG lassen daneben aber auch einen Rückschluß darauf zu, was unter "Gesetz" gemäß dieser Bestimmung zu verstehen ist. Wenn sie die verfassungsrechtliche Anerkennung grundrechtsgestaltender und -prägender Normen ist, dann kann sie nur solche Gesetze ins Auge fassen, die eine definitorische Beschreibung des Eigentumsinhalts zum Gegenstand haben, Gesetze also, die irgend etwas über das Eigentum aussagen, oder, wie Forsthoff formuliert: "mit dem Satz: 'Inhalt und Schranken werden durch die Gesetze bestimmt' macht das Grundgesetz einen Vorbehalt zugunsten derjenigen Gesetze, die unmittelbar Eigentum regeln" (2).

Im Recht der Immissionen fallen damit unter Art. 14 Abs. I Satz 2 GG alle diejenigen Normen, die expressis verbis den Eigentümern von Grundstücken Duldungspflichten auferlegen oder die Verwaltung zu Einwirkungen auf das Eigentum ermächtigen. Sie wurden bereits im Zusammenhang mit dem Gesetzmäßigkeitsprinzip aufgeführt (3). Es mag genügen, an dieser Stelle noch einmal auf § 2 Abs. I Nr. 7 BLG hinzuweisen, nach dem als Leistung die Duldung von Ein-

1) siehe S. 165, Fn. 4; außerdem: Maunz, Deutsches Staatsrecht, S. 162; Ipsen, Enteignung und Sozialismus, VVDStRL Heft 10, S. 84

2) Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 317,

3) siehe oben S. 139 - 142

wirkungen auf unbewegliche Sachen verlangt werden kann (1).

Ein Großteil der Immissionen ist jedoch auf Aufgabennorm zurückzuführen, die eine ganz andere Zielsetzung ins Auge fassen, als den Eigentumsinhalt der benachbarten Grundstücke der öffentlichen Hand zu umreißen (2). Manchmal muß sogar auf das Rechtsbewußtsein von bestimmten Verwaltungszwecken zurückgegriffen werden. In diesen Fällen versagt Art. 14 Abs. I Satz 2 GG. Es kommt jedoch für ihre Rechtfertigung im Grundrechtsbereich Art. 14 Abs. II Satz 2 GG in Betracht.

1) siehe oben S. 140

2) siehe oben S. 143

2. Die Sozialgebundenheit des
Eigentums nach Art. 14
Abs. II Satz 2 GG

Wie Art. 14 Abs. I Satz 2 GG ist auch Abs. II Satz 2 Ausdruck der Flexibilität des Eigentums und eine Absage an naturrechtliches und liberalistisches Eingriffsdenken (1). Man kann dieser Bestimmung nicht nur sozialetische und sittliche Bedeutung beimessen (2), sondern es handelt sich um eine Öffnung des Eigentumsgrundrechts gegenüber dem allgemeinen Wohl als Rechtsbegriff (3).

Das würde bedeuten, daß Einwirkungen auf das Eigentum allein unter Berufung auf das allgemeine Wohl gerechtfertigt werden könnten. Damit aber käme man mit dem Legalitätsprinzip in Konflikt. Dieses bindet jedes staatliche Handeln, das auf den Freiheitsbereich einwirkt, an die Gesetze und die konkretisierten Verwaltungszwecke (4). Somit kann Art. 14 Abs. II Satz 2 GG nur solche Einwir-

1) Ipsen, Eigentum und Sozialisierung, VVDStRL Heft 10, S. 84 f.

2) so aber: von Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, Bd. I, S. 431 ff.

3) vgl. die vorsichtige Stellungnahme von Maunz zu von Mangoldt-Klein (Deutsches Staatsrecht, S. 162 f.); außerdem: Maunz in Maunz Dürig, Art. 14 Rd.Nr. 2 und 47; Kimminich, Bonner Kommentar, Art. 14 Rd. Nr. 36 und 37; Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 417 ff.

4) siehe oben, S. 152 - 155

kungen auf das Eigentum gestatten, die in Verwirklichung eines rechtlich anerkannten Verwaltungszweckes erfolgen. Während für Einwirkungen auf das Eigentum nach Art. 14 Abs. I Satz 2 GG eine explizite Rechtsgrundlage zu fordern ist, wird man mit Forsthoff unter Art. 14 Abs. II Satz 2 GG alle die Fälle zu subsumieren haben, in welchen die Norm, auf Grund deren die Einwirkung erfolgt, nicht expressis verbis eine Ausgestaltung des Eigentums zum Thema hat. "Die Sozialgebundenheit des Eigentums nach Art. 14 Abs. II Satz 2 GG kommt für solche Gesetze in Betracht, die irgendwelche Sozialabläufe festlegen und dabei Eigentum (im weitesten Sinne) berühren" (1).

So gesehen, erhält die Sozialklausel neben Art. 14 Abs. I Satz 2 GG selbständige Bedeutung (2).

Das kann auch nicht mit dem Hinweis widerlegt werden, Art. 14 Abs. II GG sei zwar Grundlage der Sozialbindung, diese könne aber auch auf Art. 14 Abs. I Satz 2 GG gestützt werden. In beiden Fällen würde deshalb die gleiche Sache betroffen sein, nur von einem anderen Standpunkt aus (3). Oder: Wenn Sozialgebundenheit des Eigentums nach Art. 14 Abs. II GG und Inhalts- und Schrankenbestimmung nach Art. 14 Abs. I Satz 2 GG unter dem Oberbegriff Eigentumsbindungen zusam-

1) Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 317
2) wie Fn. 1
3) Maunz in Maunz-Dürig, Art. 14 Rd. Nr. 47

mengefaßt würden, so sei es zwar dogmatisch nicht sauber, in der Praxis lasse sich jedoch die Trennung von Inhalts- und Schrankenbestimmung einerseits und Konkretisierung der Sozialgebundenheit andererseits oft kaum durchführen (1). Eine praktische Notwendigkeit für diese Trennung bestehe in der Tat keineswegs, da beide ja dem Eigentum immanent seien (2).

Sofern sich Immissionen auf explizite Normen stützen, die eine Inhaltsbestimmung des Eigentums zum Gegenstand haben, sind sie unter Art. 14 Abs. I Satz 2 GG zu subsumieren; sofern sie die Folgen der Verwirklichung anderer Normen sind, fallen sie unter Art. 14 Abs. II Satz 2 GG.

1) Kimminich, Bonner Kommentar, Art. 14 Rd. Nr. 37
2) derselbe, ebenda

3. Eingriffe in das Eigentum (Art. 14 Abs. III GG)

Die Ausführungen zu Art. 14 Abs. I Satz 2 und Abs. II Satz 2 GG gelten wegen Art. 14 Abs. III GG nur unter dem Vorbehalt, daß die Einwirkungen auf das Eigentum die Opfergrenze nicht überschreiten.

Wird jedoch die Opfergrenze überschritten, beurteilen sich die Einwirkungen allein nach Art. 14 Abs. III GG, und es handelt sich um eine Enteignung oder einen enteignungsgleichen Eingriff.

Häberle will auch in den Fällen des Art. 14 Abs. III GG eine Inhaltsbestimmung des Eigentums annehmen, weil die Enteignung in langer Tradition dem Eigentum verbunden und ihm somit wesenhaft zugeordnet sei (1).

Im allgemeinen benützt man aber den Terminus Eingriff, und Kimminich (2) wendet sich dagegen,

-
- 1) Häberle, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. II GG, S. 137
 - 2) Kimminich, Bonner Kommentar, Art. 14 Rd. Nr. 37; ebenso, aber vorsichtiger formuliert: Bachof, Freiheit des Berufs, S. 208 Fn. 203 ("... wird man auch die Enteignung des Art. 14 Abs. III ... als solche Eingriffe ... anzusehen haben!")

in der Enteignung eine bloß Intensivierung der Sozialgebundenheit zu sehen. Die Enteignung stelle einen zulässigen Eingriff in das Grundrecht dar, der seine Rechtfertigung zwar auch aus dem Sozialstaatsprinzip ableite, aber eben doch von außen her komme.

Das Rechtsgefühl spricht für den zweiten Vorschlag, wie ein Beispiel verdeutlichen mag:

Jemand besitzt am Rande einer Ortschaft ein Grundstück mit einer Villa. Einige hundert Meter davon entfernt liegt der gemeindliche Müllplatz. Normalerweise wird der Besitzer der Villa durch die Existenz des Müllplatzes nicht gestört. Nur wenn der Wind ungünstig steht und der Müll verbrannt wird, fliegen einige Ascheteilchen herüber auf das Grundstück, und der Besitzer fühlt sich durch schwachen Brandgeruch belästigt.

Die Beeinträchtigungen liegen noch weit jenseits der Opfergrenze. Niemand käme auf den Gedanken, hierin einen Rechtseingriff zu sehen. Die Belästigung gehört einfach zu dem betroffenen Grundstück, und man findet sich mit ihr ab.

Nehmen aber Rauch, Asche und Gerüche derart überhand, daß das Grundstück praktisch unbewohnbar wird, dann ist auf jeden Fall die Opfergrenze

überschritten. Die Beeinträchtigungen werden als "Fremdkörper" empfunden, welche die Eigentümerstellung schmälern. Der Villenbesitzer sieht in ihnen einen Eingriff in seine Rechtsposition, gegen den er sich entweder zur Wehr setzen können oder für den er zumindest entschädigt werden will (1).

Das Rechtsgefühl allein vermag eine Theorie natürlich nicht zu tragen und doch liegt in ihm die richtige Lösung begründet. Wie sonst, wenn nicht aus dem Eingriffscharakter solcher Beeinträchtigungen, sollte man die Sonderregelung des Art. 14 Abs. III GG erklären. Eine Enteignung ist nur durch oder auf Grund eines Gesetzes zulässig. Das Rechtsbewußtsein von den Verwaltungszwecken allein scheidet hier als Legitimationsgrundlage aus. Es geht hier nämlich nicht mehr um die Legitimationsgrundlagen staatlichen Handelns, sondern um die Legitimation von **E i n - g r i f f e n**. Der alte Eingriffsgedanke bricht in den Voraussetzungen der Enteignung wieder durch. Hinzu kommen der Opfergedanke und das Entschädigungsjunktiv. Sie sprechen ebenfalls für die Theo-

1) zwei Beispiele aus der Rechtsprechung: Infolge Schießübungen ausgelöster Waldbrand (BGH NJW 1964, S. 104); Unbestellbarkeit eines Feldes wegen Autobahnbaus (BGH Bd. 48, S. 98 ff.)

rie des Rechtseingriffs. In einer Präzisierung und Ausgestaltung eines Rechts kann man kein Opfer sehen. Nur der Rechtseingriff kann ein Opfer sein. Ebenso wenig leuchtet es ein, warum für eine Inhaltsbestimmung des Eigentums Entschädigung gewährt werden sollte. Mit der Entschädigung wird der Rechtseingriff anerkannt (1) und für einen verlorenen Besitzstand in gewissem Grade ein neuer geschaffen (2).

Gegenüber inhaltsbestimmender Normen liegt die Besonderheit der zu einer Enteignung ermächtigenden Normen vor allem in dem Erfordernis einer Junktimklausel. Fehlt sie, ist die Einwirkung rechtswidrig und die Erhebung des Abwehranspruchs führt zum Erfolg.

Ein großer Teil der Immissionen ist Auswirkung gemeindlicher Einrichtungen. Die Gemeindeordnungen sehen keine Entschädigungsregelung vor. Es werden jedoch für Errichtung und Betrieb der gemeindlichen Einrichtungen meist Satzungen erlassen, in die man die Entschädigungsregelung

1; siehe oben S. 60 f.

2) Maunz in Maunz-Dürig, Art. 14 Rd. Nr. 111

aufnehmen könnte. Die Frage ist allerdings, ob Art. 14 Abs. III Satz 2 GG das zuläßt.

Wenn man Gesetz im Sinne dieser Bestimmung als materielles Gesetz auffaßt, ist es zulässig (1). Der Junktimklausel wäre auch dann Genüge getan, wenn eine Satzung die Entschädigungsregelung trifft.

Die herrschende Meinung indes verlangt die Aufnahme des Junktims in ein förmliches Gesetz (2). Da es im Rahmen dieser Arbeit zu weit gehen würde, diese Frage weiter zu verfolgen, soll von der herrschenden Meinung ausgegangen werden.

Dann darf man aber nicht die entsprechenden Vorschriften in den Gemeindeordnungen für verfassungswidrig ansehen, sondern man muß sie

-
- 1) Bay. VGH in Bay. Vbl. 1964, S. 94; Weber, Eigentum und Enteignung, S. 380 f.; Kimminich, Bonner Kommentar, Art. 14 Rd. Nr. 112; Hammer, BayVBl. 1962, S. 106
 - 2) Badura, Das Verwaltungsmonopol, S. 123 Fn. 50; Wolff, Verwaltungsrecht, Bd. I, S. 432 und Bd. II, S. 319; Maunz in Maunz-Dürig, Art. 14 Rd. Nr. 83; Jesch, DÖV 1962, S. 430; Schick, DVBl. 1962, S. 775 f.; Söhn, Eigentumsrechtliche Probleme des gemeindlichen Anschluß- und Benutzungszwanges, S. 120

verfassungskonform dahin auslegen, daß ihr Vollzug keine Immissionen enteignenden Charakters mit sich bringen darf (1).

Läßt jedoch eine auf Grund einer Gemeindeordnung ergangene Satzung dennoch enteignende Immissionen zu, dann ist nur die Satzung nichtig, und es kann gegen die Immissionen mit dem negatorischen Abwehranspruch vorgegangen werden.

Ergibt hingegen die Prüfung der gemeindlichen Satzung, daß in allen voraussehbaren Fällen niemand durch ihren Vollzug in besonders schwerem Maße beeinträchtigt werden wird, und kommt es bei ihrer Verwirklichung trotzdem zu völlig unvorhersehbaren Immissionen, welche das zumutbare Maß übersteigen, dann muß man in diesem besonderen Falle die Satzung ausnahmsweise für gültig erachten (2). Ihr Vollzug (3) ist dann eine hoheitliche Tathandlung, die an sich rechtmäßigerweise vorgenommen wird, die aber unbeabsichtigt und völlig unvorhersehbar eine

1) ebenso: Schick, DVBl. 1962, S. 777, Jesch, DÖV 1962, S. 430; Beinhardt, BayVBl. 1962, S. 207

2) Wölff, Verwaltungsrecht, Bd. I, S. 433

3) z. B. die Anlage eines gemeindlichen Müllplatzes

schadliche und rechtswidrige Nebenfolge auslöst (1). Obwohl die Satzung gültig ist, muß auch hier grundsätzlich gelten, daß der Betroffene die rechtswidrige Einwirkung erfolgreich abwehren kann. Das könnte nun allerdings dazu führen, daß die rechtmäßige Verwaltungseinrichtung stillgelegt werden müßte. In diesem besonders gelagerten Ausnahmefall ist eine negatorische Abwehrklage als unbegründet abzuweisen, und der Verletzte muß sich mit einer Entschädigung aus enteignungsgleichem Eingriff abfinden.

1) zum Problem der rechtswidrigen Nebenfolgen rechtmäßiger Verwaltungstätigkeit: Leisner, Gefährdungshaftung im öffentlichen Recht?, VVDStRL Heft 20, S. 185 ff. (passim)

III. Die Bindung der Verwaltung an die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts

Die Gewährleistung des Eigentums durch Art. 14 Abs. I Satz 1 GG wäre ohne die rechtsstaatlichen Grundsätze der Erforderlichkeit, der Verhältnismäßigkeit und des geringstmöglichen Eingriffs unvollständig (1). In diesen Prinzipien vereinigen sich die beiden großen Pole, das Gebot rechtsstaatlicher Legitimationsgrundlagen und die Freiheit des Eigentums. Beide verlangen gleichermaßen die Beachtung dieser Grundsätze.

Erst ihre Heranziehung ermöglicht eine sachgerechte Beurteilung der von öffentlichen Verwaltungseinrichtungen ausgehenden Immissionen (2), wie sich aus zahlreichen Beispielen belegen läßt. (3).

-
- 1) Maunz in Maunz-Dürig, Art. 14 Rd. Nr. 110 a (mit zahlreichen Belegen aus der Rechtsprechung)
 - 2) Martens, Öffentlich-rechtliche Probleme des negatorischen Rechtsschutzes gegen Immissionen, S. 94; Müller, Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche im Verwaltungsrecht, S. 191
 - 3) z. B.: RG JW 1900, S. 639; RG Bd. 55, S. 55; Hans. OLG HansRGZ 1923, Sp. 699; RG JW 1938, S. 2969

Teilweise sind die sich aus diesen Grundsätzen ergebenden Grenzen der Verwaltungstätigkeit in die Gesetze übernommen worden. Nach § 3 Abs. I BLG dürfen Leistungen nur angefordert werden, wenn der Bedarf auf andere Weise nicht oder nicht rechtzeitig oder nur mit unverhältnismäßigen Mitteln gedeckt werden kann. Die Anforderungen sind auf das unerläßliche Maß zu beschränken. Wo eine solche Regelung fehlt, wie etwa in § 21 Hamb.WegeG (1), ist sie im Wege der Interpretation zu gewinnen.

1) siehe oben S. 140

C. Die Gestalt des öffentlich-rechtlichen
Abwehranspruchs

Nunmehr ist es möglich, den Inhalt des öffentlich-rechtlichen Abwehranspruchs weiter zu präzisieren. Er ist die negatorische Reaktion auf eine rechtswidrige Eigentumsbeeinträchtigung (1). Dabei lassen sich vier Fallgruppen unterscheiden:

1.

Die immittierende Verwaltungshandlung dient zwar der Verwirklichung eines legalen Verwaltungszweckes, ihre Auswirkungen überschreiten aber die von den allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsrechts gezogenen Grenzen und werden damit rechtswidrig (2).

1) so schon das Postulat der vorliegenden Arbeit;
siehe oben S. 28

2) hierzu oben S. 178 f.

Der Abwehranspruch muß sich hier darauf richten, die Verwaltung in ihre Grenzen zu verweisen und somit weitere rechtswidrige Einwirkungen auszuschließen. Dabei muß es der Verwaltung überlassen bleiben, wie sie diesem Gebot entspricht (1).

Wenn sich die Nachbarn durch den Staub eines städtischen Kinderspielplatzes übermäßig gestört fühlen, muß es der Stadt überlassen bleiben, wie sie die übermäßige Staubentwicklung unterbindet (2). Sie könnte den Platz mit Wasser sprengen oder aber Bäume zum Schutze der Nachbarn anpflanzen. Vielleicht genügt es auch, die Aufsicht über die Kinder zu verstärken und besonders wilde Spiele zu verhindern.

Eine Fontäne im Stadtpark, die den Nachbarn den Schlaf raubt, muß nicht unbedingt stillgelegt werden (3). Es mag ausreichen, über Nacht die Wasserzufuhr zu drosseln.

-
- 1) Müller, Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche im Verwaltungsrecht, 3. 191; Martens, Öffentlich-rechtliche Probleme des negatorischen Rechtsschutzes gegen Immissionen, S. 95; Hantke, Die öffentlich-rechtliche Beseitigungsklage, S. 111
 - 2) Beispiel dem Sachverhalt von HansOLG HansRGZ 1923, Sp. 699 entnommen
 - 3) Beispiel dem Sachverhalt von BGH DVBl. 1968, S. 148 entnommen

Den Nachbarn kann es gleichgültig sein, welche von den verschiedenen zur Verfügung stehenden Maßnahmen die Verwaltung ergreift, um den rechtmäßigen Zustand wiederherzustellen. Deshalb kann die Klage auch nur darauf gerichtet sein, den rechtswidrigen Zustand durch geeignete Maßnahmen zu beseitigen. Es muß der Beklagten überlassen bleiben, die zur Abhilfe erforderlichen und geeigneten Maßnahmen selbst zu bestimmen, gleichgültig, ob sie ausschließlich mit finanziellen Mitteln zu bewerkstelligen sind - wie schon die Erhöhung eines stark rauchenden Kamins - oder einen Eingriff in die materielle Verwaltungstätigkeit verlangen, wie etwa die Verlegung der ganzen störenden Einrichtung (1). Nur wenn es unmöglich ist, der Rechtsbeeinträchtigung auf andere Weise zu begegnen, verdichtet sich der Anspruch auf das Verlangen nach Stilllegung oder Entfernung der betreffenden Einrichtung (2). Das träfe dann zu, wenn etwa eine Gasanstalt im Stadtzentrum liegen würde, Es kann sich hierbei sogar um die Fallgruppe "2" handeln.

-
- 1) Müller, Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche im Verwaltungsrecht, S. 191
 - 2) Martens, Öffentlich-rechtliche Probleme des negatorischen Rechtsschutzes gegen Immissionen, S. 95; Beispiel: RG in JW 1900, S. 639

Der Inhalt des öffentlich-rechtlichen Abwehranspruchs deckt sich insoweit mit dem des zivilrechtlichen. Auch dieser ist anerkanntermaßen nur allgemein auf Beseitigung der Beeinträchtigung und in der Regel nicht auf eine bestimmte Maßnahme gerichtet (1).

2.

Die zweite Gruppe erfaßt diejenigen Fälle, in welchen die Immissionen die O p f e r g r e n - z e ü b e r s c h r e i t e n und damit enteignenden Charakter aufweisen (2).

An sich handelt es sich hier nur um eine quantitative Steigerung zur ersten Gruppe. Wegen der Sonderregelung für enteignende Eingriffe in Art. 14 Abs. III GG wurden diese Fälle jedoch zu einer gesonderten Gruppe zusammengefaßt.

-
- 1) Auf die Parallele zum zivilrechtlichen Abwehranspruch weisen hin: Martens, Öffentlich-rechtliche Probleme des negatorischen Rechtsschutzes gegen Immissionen, S. 95 und Hantke, Die öffentlich-rechtliche Beseitigungsklage, S. 111
2) siehe hierzu oben S. 171 - 177

Solche Immissionen sind nur dann rechtmäßig, wenn sie sich auf ein formelles Gesetz mit Junktimklausel zurückführen lassen. In diesem Fall kann der Betroffene selbstverständlich keine Abwehrklage erheben; er kann jedoch eine Entschädigung aus enteignungsgleichem Eingriff begehren (1).

Läßt sich hingegen eine Junktimklausel nicht nachweisen oder ist sie lediglich in eine gemeindliche Satzung aufgenommen, deren formelle gesetzliche Ermächtigungsgrundlagen, nämlich die Gemeindeordnungen, keine Junktimklausel enthalten, dann sind die betreffenden Immissionen, sofern sie enteignungsgleichen Charakter aufweisen, rechtswidrig. Es kann gegen sie erfolgreich mit der negatorischen Abwehrklage vorgegangen werden (2).

Die Rechtsprechung billigt nun aber bei rechtswidrigen Einwirkungen auf das Eigentum auch eine Entschädigung aus enteignungsgleichem Eingriff zu (3). Wie die Arbeit ergeben hat (4), ist je-

1) siehe oben S. 53 ff.

2) siehe oben S. 174 ff.

3) siehe oben S. 51 ff.

4) siehe hierzu oben S. 61 ff. und insbesondere das Beispiel, in welchem ein Bauer durch die Immissionen beim Bau einer Autobahn bei der Feldbestellung beeinträchtigt wird

doch der Entschädigungsanspruch gegenüber dem Abwehranspruch subsidiär. Für das Verhältnis des Abwehranspruchs zum Entschädigungsanspruch gilt der Rechtsgedanke des § 839 Abs. III BGB entsprechend. Eine Entschädigungspflicht für einen rechtswidrigen enteignungsgleichen Eingriff kommt dann nicht zum Zuge, wenn der Verletzte vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels - hier der Abwehrklage - abzuwenden.

3.

Unter die dritte Kategorie sind alle die Fälle zu rechnen, in welchen die öffentliche Hand zwar einen legitimen Verwaltungszweck verwirklicht, jedoch das von den Gesetzen v o r g e s e h e n e V e r f a h r e n n i c h t b e a c h t e t .

Eine Gemeinde errichtet eine mit starken Immissionen verbundene Einrichtung (etwa eine Kläranlage) in einem Gebiet, das im Bebauungsplan als reines Wohngebiet ausgewiesen ist. Sie unterläßt es jedoch,

den Bebauungsplan entsprechend zu ändern. Eine gegen die Einrichtung erhobene Abwehrklage muß zur Einstellung des Betriebes führen (1).

Es ist allerdings in den Fallgruppen " 1 - 3 " noch offen, ob es sich tatsächlich um öffentliches Recht handelt. Sollten zivilrechtliche Streitigkeiten vorliegen, dann wären alle diese Immissionen an § 906 BGB zu messen. Klarheit kann hier nur geschaffen werden, wenn die Trennlinie zwischen öffentlichem und privatem Recht gezogen ist und feststeht, unter welchen Voraussetzungen Immissionen der öffentlichen Hand dem einen oder dem anderen Rechtsgebiet zuzuordnen sind (2).

4.

Es gibt noch eine vierte Kategorie, doch handelt es sich bei ihr eindeutig um burgerlich-rechtliche

1) Ule-Fittschen, JZ 1965, S. 316; ähnlich: Inanspruchnahme zu einer Leistung nach dem BLG ohne vorausgehenden Leistungsbescheid (vgl. das Beispiel oben S. 2, in welchem ein motorisierter Trupp der Bundeswehr in einem Gutshof übernachtet und den Schlaf der Bewohner stört)

2) hierzu im 4. Kapitel

Streitigkeiten. Hierher gehören alle diejenigen Fälle, in welchen sich die Immissionen nicht auf einen legitimen Verwaltungszweck zurückführen lassen.

Das trifft beispielsweise dann zu, wenn die öffentliche Hand eine Brauerei betreibt. Immissionen einer solchen Brauerei müssen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, also § 906 BGB, beurteilt werden. Das bedeutet gleichzeitig, daß die öffentliche Hand in diesen Fällen nicht gegenüber anderen privaten Immitenten bevorzugt werden kann. § 906 BGB darf mithin hier nicht durch das öffentliche Interesse modifiziert werden.

Viertes Kapitel

DER ANWENDUNGSBEREICH DES ÖFFENTLICH- RECHTLICHEN ABWEHRANSPRUCHS GEGEN IMMISSIONEN

Die Rechtslage ist eindeutig, wenn die Verwaltung mit der immittierenden Tätigkeit rein erwerbswirtschaftliche Zwecke verfolgt, also etwa eine Brauerei betreibt. Der Abwehranspruch gegen Immissionen einer solchen Tätigkeit ist dem Zivilrecht zuzuordnen.

Schwierigkeiten bereitet dagegen die Zuordnung, wenn sich der Abwehranspruch gegen Immissionen richtet, die bei einer im öffentlichen Interesse erfolgten Nutzung eines Grundstückes der öffentlichen Hand verursacht werden. Entgegen allen Erwartungen wollen die herrschende Lehre überhaupt

und der Bundesgerichtshof grundsätzlich diese Fälle dem Privatrecht eingliedern (1).

Nur wenn noch weitere Kriterien hinzutreten, nimmt der Bundesgerichtshof ausnahmsweise öffentliches Recht an (2): "Die Abwehr gegen Immissionen, die bei der im öffentlichen Interesse erfolgten Nutzung eines Grundstücks der öffentlichen Hand verursacht werden, ist nur dann und insoweit eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit, als die Bestimmung über die Nutzung des Grundstücks in Formen des öffentlichen Rechts erfolgt ist und die Vollstreckung des dem Klageantrag stattgebenden Urteils zur Aufhebung oder Änderung einer hoheitlichen Maßnahme führen würde."

-
- 1) zur herrschenden Lehre siehe oben S. 112 ff.
2) BGH Bd. 41, S. 264 ff.; ihm folgend: BGH in DVBl. 1968, S. 148 und Bay.VGH in Bay. VBl. 1965, S. 390 ff.

A. Die Präjudizierung der Zuordnung der Immissionsstreitigkeiten mit der öffentlichen Hand

I. Die Präjudizierung der Zuordnung durch die explizite Normierung des Immissionsrechts im Bürgerlichen Gesetzbuch

Der Bundesgerichtshof begründet die grundsätzliche Anwendbarkeit des bürgerlichen Rechts auf den Abwehranspruch gegen Immissionen der öffentlichen Hand damit, daß für die Zuordnung des Abwehranspruchs die Natur des Rechtsverhältnisses maßgebend sei, aus dem er abgeleitet werde. Sei der Klageanspruch nach seiner tatsächlichen Begründung die Rechtsfolge eines Sachverhalts, der nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts für die Entstehung eines solchen Anspruchs Raum lasse, dann handle es sich um eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit. Immissionsstreitigkeiten mit der öffentlichen Hand seien sonach "an sich" (!) bürgerlich-rechtliche Streitigkeiten. Der Klageanspruch, gerichtet auf Unterlassung der immittierenden Tätigkeit insgesamt oder bestimmter Immissionen, sei die Rechtsfolge eines Sachverhalts, der nach bürgerlich-rechtlichen Vorschriften (§§ 862, 1004, 903 BGB) für die Entstehung eines solchen Anspruchs, nämlich des

Anspruchs auf Unterlassung der Einwirkungen, die Grundlage abgebe (1). Das bedeutet also, daß der Bundesgerichtshof bei Immissionsstreitigkeiten mit der öffentlichen Hand deshalb bürgerliches Recht annimmt, weil im Bürgerlichen Gesetzbuch ein Abwehranspruch normiert ist.

Richtet man das Augenmerk auf das Rechtsgebiet der Zwangsräumung und bringt damit einen Verwaltungsakt ins Spiel, dann zeigt sich, daß die Argumentation des Bundesgerichtshofs nicht ganz unbedenklich ist.

Beim Amtsgericht wird eine einstweilige Verfügung auf Unterlassung der Zwangsräumung durch das Wohnungsamt beantragt (2). Der Antragsteller trägt vor, ihm sei vom Wohnungsamt angedroht worden, daß seine Wohnung mit Gewalt geräumt werde, wenn er nicht binnen drei Tagen ausgezogen sei.

"Kein Mensch käme darauf, hier eine bürgerlich-rechtliche Streitigkeit anzunehmen " (3) und den Zivilrechtsweg bei Beantragung einer einstweiligen Verfügung gegen die Gemeinde für zulässig zu erklären, obwohl doch § 1004 BGB, der hier

1) BGH Bd. 41, S. 265 und 266

2) Das Beispiel ist der Dissertation von Jesch, Die Bindung des Zivilrichters an Verwaltungsakte, S. 39 entnommen

3) Jesch, a.a.O., S. 39

in Frage käme, eine privatrechtliche Norm ist. Der unmittelbare Geltungsbereich des § 1004 BGB reicht nur soweit, als die Unterlassung eines privaten Eingriffs verlangt wird. Die Freiheit von Eingriffen durch die öffentliche Gewalt bemißt sich nicht unmittelbar nach § 1004 BGB.

Im Immissionsrecht scheint der Bundesgerichtshof diese Erkenntnis außer acht zu lassen. Nach seiner eigenen Enteignungsrechtsprechung können auch Nebenwirkungen öffentlich-rechtliche Eigentumsbeeinträchtigungen sein (1), und er gibt auch selbst zu, daß zumindest in besonders gelagerten Fällen Immissionsstreitigkeiten öffentlich-rechtlicher Natur seien (2). Wenn also sowohl öffentliches als auch privates Recht in Frage kommen, darf nicht allein aus der Existenz einer expliziten privatrechtlichen Normierung auf den Rechtscharakter der Streitigkeiten gefolgert werden, ohne dabei auf den sachlichen Gehalt der Vorschriften einzugehen. Sonst würde man das gesuchte Ergebnis zum Beweis erheben und damit einem Zirkelschluß verfallen.

1) siehe oben S. 53 ff.

2) hierzu ausführlich unten S.

Im sog. Bienenurteil (1) geht der Bundesgerichtshof sogar noch einen Schritt weiter und erwägt gar nicht, ob es sich um eine öffentlich-rechtliche oder eine bürgerlich-rechtliche Streitigkeit handelt, sondern geht sofort vom zivilrechtlichen Abwehranspruch aus. Er überspringt damit die erste Stufe des Prüfungsschemas.

Eine Gemeinde hatte zur Bekämpfung der Kirschfruchtfliege entsprechend einer auf gesetzlicher Grundlage gestützten Anweisung des Landwirtschaftsamts in ihrer Gemarkung eine große Anzahl von Kirschbäumen mit einem Schädlingsbekämpfungsmittel bespritzen lassen. Zur gleichen Zeit erlitten die Bienenvölker mehrerer in der Gemeinde wohnender Imker Schäden. Die Imker führten die Schäden unter anderem darauf zurück, daß bei der auf den fremden Grundstücken durchgeführten Schädlingsbekämpfung Giftstoffe durch den Wind oder ähnliche Ursachen den Bienenstöcken auf den Grundstücken der Imker zugeführt worden seien. Der klagende Verein, dem die Imker ihre Ansprüche abgetreten hatten, verlangte von der Gemeinde Ersatz für die an den Bienenvölkern entstandenen Schäden.

Der Bundesgerichtshof gab der Klage mit folgender Begründung statt: An sich steht den Imkern

1) BGH Bd. 16, S. 366 ff.; vgl. auch die Rezension dieses Urteils von Schack, Aufopferungsanspruch bei Versagung der Abwehrklage, JuS 1963, S. 263 ff.

der Anspruch aus § 1004 BGB auf Unterlassung der von den fremden Grundstücken ausgehenden schädlichen Einwirkungen zu; er sei jedoch durch die im Interesse des Pflanzenschutzes erlassenen Bestimmungen über die Schädlingsbekämpfung ausgeschlossen. Deshalb komme hier der an die Stelle des Abwehranspruchs tretende privatrechtliche Entschädigungsanspruch aus dem Nachbarrecht zum Zuge.

Der Bundesgerichtshof hat also gar nicht geprüft, ob es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit handeln könne, obwohl doch die Schädlingsbekämpfung auf Grund gesetzlicher Vorschrift und im allgemeinen Wohle erfolgt ist. Es könnte nämlich im vorliegenden Fall ebenso gut ein öffentlich-rechtlicher Entschädigungsanspruch gegeben sein, weil der öffentlich-rechtliche Abwehranspruch im Interesse der Verfolgung eines legitimen Verwaltungszweckes ausgeschlossen ist. Die Entscheidung, ob öffentliches oder privates Recht anzuwenden sei, hat der Bundesgerichtshof übersprungen und wie selbstverständlich eine bürgerlich-rechtliche Streitigkeit angenommen.

Die Argumentation des Bundesgerichtshofs erscheint deshalb zunächst als "ausgesprochen brüchig" (1)

1) so Martens, Öffentlich-rechtliche Probleme des negatorischen Rechtsschutzes gegen Immissionen, S. 87

und von einer "halsbrecherischen Logik" getragen (1).

Man darf sich aber nicht damit begnügen, dem Bundesgerichtshof solch schwere Vorwürfe zu machen, wie dies tatsächlich teilweise geschehen ist (2). Es leuchtet nämlich nicht ein, daß der Bundesgerichtshof in seiner Beweisführung solch offensichtliche Fehler nicht erkannt haben sollte. Es ist durchaus denkbar, daß sich hinter den Argumenten des Bundesgerichtshofs Überlegungen verbergen, die nur im Entscheidungswortlaut nicht ausdrücklich zur Sprache gekommen sind, in Wahrheit aber für die Entscheidung ausschlaggebend waren (3). Wie der Bundesgerichtshof begründet auch Forsthoff seine Meinung, daß das deutsche Recht die nachbarrechtlichen Außenwirkungen der Verwaltung nicht dem öffentlichen Recht unterstelle, sondern grundsätzlich im Bereich des bürgerlichen Rechts belassen habe, zunächst nur mit dem Hinweis auf die §§ 906 ff. BGB (4).

1) so Ule-Fitschen, JZ 1965, S. 315

2) siehe S. 194 Fn. 1 und S. 195 Fn. 1

3) nämlich die Theorie modifizierten Privateigentums; hierzu sehr ausführlich unten S. 198 ff.

4) Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 320

Erst an späterer Stelle legt er die wahren Gründe für seine Auffassung dar (1): Auch diejenigen Grundstücke, die im öffentlichen Interesse genutzt werden, die sogenannten öffentlichen Sachen, stehen im Privateigentum der öffentlichen Hand. Deshalb müsse im Verhältnis zu den Nachbarn auch grundsätzlich bürgerliches Recht gelten. Damit wird die Theorie der öffentlichen Sachen und mit ihr wiederum die Konstruktion des Eigentums in die Überlegungen einbezogen.

1) Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 350 ff. Fn. 3 und S. 374 f.

II. Die Präjudizierung der Zuordnung durch die Theorie der öffentlichen Sachen

Entweder rechnet man die öffentlichen Sachen (1)
der Privatrechtsordnung zu und betrachtet ihre
nachbarlichen Beziehungen als zivilrechtlich
oder man konstruiert ein öffentliches Eigentum
an ihnen und unterwirft ihre nachbarlichen Be-
ziehungen dem öffentlichen Recht.

1) zum Begriff der öffentlichen Sache: Wolff,
Verwaltungsrecht, Bd. I, S. 376 ff.; aus-
führlich die Referate von Weber und Stern,
Die öffentliche Sache, VVDStRL Heft 21,
S. 145 ff. bzw. S. 183 ff.

1. Die Theorie des modifizierten Privateigentums

In Deutschland hat sich für das Recht der öffentlichen Sachen die Theorie des modifizierten Privateigentums durchgesetzt. Danach stehen die öffentlichen Sachen, die Straßen, Wege, Plätze, Parkanlagen, Schulen und Krankenhäuser, der öffentlichen Hand "in dem einen und einheitlichen Eigentum, das für das deutsche Rechtssystem im Bürgerlichen Gesetzbuch ausgeformt ist" (1). Obwohl die öffentlichen Sachen dazu bestimmt sind, öffentlichen Zwecken zu dienen, bestehe an ihnen privates Eigentum, und sie seien Objekte des Privatrechts.

Die öffentliche Zweckbestimmung berücksichtigt man nur insofern, als man das private Eigentumsrecht mit öffentlich-rechtlichem Gedankengut überlagert, also öffentlich-rechtlich modifiziert (2). Einerseits werden hierdurch die Befugnisse des Eigentümers kupiert, andererseits

1) Weber, Die öffentliche Sache, VVDStRL Heft 21, S. 169; Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 350 ff.; Wolff, Verwaltungsrecht, Bd. I, S. 385 f.; Kodal, Straßenrecht, S. 144 ff.; BGH Bd. 9, S. 373 ff.

2) wie Fn. 1

erfährt die öffentliche Sache einen erhöhten Schutz. Die sich auf sie beziehenden Rechte und Pflichten bleiben aber dennoch privatrechtlich.

Hieraus folgert man, daß die Grundstücke der öffentlichen Hand trotz ihrer öffentlichen Zweckbestimmung "von der Einfügung in den nachbarrechtlichen Raum nicht ausgenommen" seien (1). Die Nachbarn befänden sich zur öffentlichen Hand zunächst in der gleichen Lage wie jeder Grundstückseigentümer zu seinem Nachbarn (2). Es bestünden auch hier wie sonst gegen Grundstücksnachbarn die gegenseitigen Duldungs- und Unterlassungsansprüche, wie sie sich im Bürgerlichen Gesetzbuch vorfinden (§§ 906 ff. einschließlich § 1004 BGB) (3). Der Abwehranspruch

1) Kodal, Straßenrecht, S. 342

2) Falls, wie manchmal im Straßenrecht, Eigentümer des Straßenkörpers und Träger der Straßenbaulast nicht identisch sind, ist Störer im Sinne des § 1004 BGB der Träger der Straßenbaulast. Gegen ihn richtet sich dann der Abwehranspruch (Kodal, Straßenrecht, S. 351)

3) Steinbauer, Entschädigungs- und Schadensersatzansprüche der Anlieger im Straßen- und Wege-recht, S. 4 ff.; Kodal, Straßenrecht, S. 30 f., 146, 341 ff., 351 ff.; Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 350 ff. Fn. 3 und S. 374 f.; Marschall, Bundesfernstraßengesetz, S. 53 und 331; Wolff, Verwaltungsrecht, Bd. I, S. 395

gegen Immissionen, die von einer öffentlichen Sache ausgehen, könne deshalb nur dem bürgerlichen Recht angehören und müsse vor den Zivilgerichten erhoben werden.

Die öffentliche Zweckbestimmung ändere den Charakter eines gegen die öffentliche Sache gerichteten Abwehranspruchs nicht, sie führe lediglich zu seiner materiellrechtlichen Beschränkung (1). Auf die sachliche Modifizierung braucht an dieser Stelle aber noch nicht eingegangen zu werden. Ihr ist ein gesonderter Abschnitt (2) zugedacht. Wichtig ist vorerst nur die Erkenntnis, daß nach der Theorie des modifizierten Privateigentums die fraglichen Immissionsstreitigkeiten dem Zivilrecht zugeordnet werden.

Vergegenwärtigt man sich, daß sich der Bundesgerichtshof in anderem Zusammenhang ausdrücklich zu dieser Theorie bekannt hat (3), dann werden auch seine Urteile zum Immissionsrecht verstandlich (4), obwohl er hier nicht mehr ausdrücklich Bezug auf die Theorie des modifizierten Privateigentums nimmt.

1) wie Fn. 3 S. 199; Steinbauer, Entschädigungs- und Schadensersatzansprüche der Anlieger im Straßen- und Wegerecht, S. 5 f. und 7 f.; Kodal, Straßenrecht, S. 343 ff.; Marschall, Bundesfernstraßengesetz, S. 331

2) siehe unten S. 242ff. aber auch schon oben S. 112 ff.

3) BGH Bd. 9, S. 373 ff.

4) siehe nochmals oben S. 194 ff.

2. Die Theorie vom öffentlichen Eigentum

In Frankreich hat sich die Theorie des öffentlichen Eigentums durchgesetzt und in den letzten Jahrzehnten eine beherrschende Stellung eingenommen (1).

Man geht von der Überlegung aus, daß die öffentlichen Sachen nicht dem privaten Nutzen und der Vielfalt privater Verwendungszwecke dienen, sondern ihre Nützlichkeit sich nach dem Widmungszweck und sonstigen Zwecken öffentlichen Interesses bestimmt (2). Wegen dieser Zielrichtung verlangt man für die öffentlichen Sachen besondere Bindungen und einen besonderen Schutz. Deshalb unterstellt man sie nicht dem privaten, sondern dem öffentlichen Recht und wendet das Privatrecht nur in einzelnen, nicht sehr bedeutsamen Ausnahmen auf sie an (3).

-
- 1) zum französischen Recht: Hardinghaus, Öffentliche Sachherrschaft und öffentliche Sachverwaltung; Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 350 ff. Fn. 3; Wolff, Verwaltungsrecht, Bd. I, S. 386; kritisch: Maunz, Hauptprobleme des öffentlichen Sachenrechts, S. 172 ff.
 - 2) Hardinghaus, a.a.O., S. 84 f. und 87 f.
 - 3) derselbe, a.a.O., S. 72 f.; Wolff, a.a.O., Bd. I, S. 386

Dem Sachherrn spricht man nicht Privateigentum an der öffentlichen Sache zu, sondern öffentliches Eigentum (1). Die nachbarrechtlichen Abwehransprüche des Code Civil (2) können den öffentlichen Sachen gegenüber keine Geltung beanspruchen (3).

Otto Mayer hat die Konstruktion des öffentlichen Eigentums in sein Verwaltungsrechtslehrbuch übernommen (4). Die öffentlichen Sachen seien dazu da, mit ihrer Körperlichkeit einem bestimmten Zweck des Gemeinwesens unmittelbar zu dienen. Sie stellen selbst mit ihrem körperlichen Dasein den verwirklichten Zweck des Gemeinwesens dar und seien so ein Stück öffentlicher Verwaltung (5). Das Gemeinwesen übe öffentliche Verwaltung allein schon dadurch aus, daß es diese Sachen besitze und ihren Zweck erhalte (6). Wenn aber der Staat

1) Hardinghaus, Öffentliche Sachherrschaft und öffentliche Sachverwaltung, S. 84 und 87

2) Art. 649 - 685 Code Civil

3) Hardinghaus, a.a.O., S. 69 ff. und 138 f.;
Wolff, Verwaltungsrecht, Bd. I, S. 386

4) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. II, S. 39 ff.

5) derselbe, a.a.O., S. 39 f.

6) derselbe, a.a.O., S. 40

öffentliche Verwaltung ausübe, bewege er sich grundsätzlich auf dem Boden des öffentlichen Rechts. Hieraus ergebe sich als Forderung die Idee eines öffentlichen Sachenrechts und vor allem die eines öffentlichen Eigentums (1). In Übereinstimmung mit dieser Idee hat Otto Mayer für alle die Fälle ein eigenständiges öffentliches Nachbarrecht entwickelt, in welchen "die Tätigkeiten und Einrichtungen der öffentlichen Verwaltung von ihrem Grundbesitz aus hinübergreifen in das Nachbargrundstück (2)".

Lehre und Rechtsprechung in Deutschland sind jedoch Otto Mayer nicht gefolgt (3). Auch den Gesetzen liegt die Theorie des modifizierten Privateigentums zugrunde (4). Allein das Hamb. WegeG hat für seinen Geltungsbereich das öffentliche Eigentum an den Straßen und Wegen

-
- 1) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, S. 40
 - 2) derselbe, a.a.O., S. 121 ff. (insbesondere S. 122)
 - 3) siehe oben S. 198 ff.
 - 4) eine eingehende Untersuchung der einschlägigen Gesetze: Weber, Die öffentliche Sache, VVDStRL Heft 21, S. 150 ff.

eingeführt (1). Folglich legt man
§ 21 Abs. I Hamb. WegeG als öffentlich-
rechtliche Regelung des Nachbarrechts
aus (2).

-
- 1) §§ 4, 5 Hamb. WegeG; Trotz § 4 Abs. I
WasserG für Baden-Württemberg vom 25.
Februar 1960 weicht dieses Gesetz von
der h. M. nicht ab (hierzu: Weber, Die
öffentliche Sache, VVDStRL Heft 21,
S. 162 f.) (str.)
 - 2) Scholz, Die Lehre vom öffentlichen Ei-
gentum im geltenden deutschen Recht,
S. 79 f.; Beck, Grenzen der Anwendbar-
keit des bürgerlichen Sachenrechts auf
die öffentlichen Sache, S. 296; Wolff,
Verwaltungsrecht, Bd. I, S. 395; Kodal,
Straßenrecht, S. 150

III. Die Befreiung von den Präjudizien
durch die dynamische Deutung des
Eigentums

Sowohl die Theorie vom modifizierten Privateigentum wie auch die Theorie vom öffentlichen Eigentum zeigen deutlich Züge einer statischen Eigentumsauffassung. Beide sehen im Eigentum an den öffentlichen Sachen primär eine Rechtsbeziehung zwischen dem Sachherrn und der seiner Machtbefugnis unterliegenden Sache (1). Diese Beziehung wird zu einem Rechtsblock versteinert, der je nachdem, worauf man das Hauptaugenmerk richtet, dem einen oder dem anderen Rechtsgebiet zugeordnet wird. Die einen sehen das Wesen des Eigentums an den öffentlichen Sachen in § 903 BGB niedergelegt und fassen es deshalb als ein grundsätzlich privatrechtliches Institut auf, die anderen rücken den Zweck, dem die Sache dient, in den Vordergrund und übertragen dementsprechend das Eigentum an den öffentlichen Sachen ins öffentliche Recht. Damit hat man zugleich die Beziehung der Sache zu ihrer Umwelt in ihrer rechtlichen Qualifizierung präjudiziert.

1) siehe auch die Ausführungen auf S. 91 ff. (Das statische Verständnis des Eigentums). Dort ging es um den Geltungsgrund des öffentlich-rechtlichen Abwehranspruchs

Gewiß geht die überwiegende Mehrzahl der deutschen Gesetze von der Theorie des modifizierten Privateigentums aus und spricht dem Sachherrn der öffentlichen Sachen an dieses *privates Eigentum* zu. Um hieraus aber rechtliche Folgerungen zu ziehen, genügt allein diese Feststellung nicht, sondern man muß sich die Konstruktion des Eigentums ver-gegenwärtigen.

Wie in der Arbeit schon verschiedentlich her-vorgehoben wurde, (1), ist das Eigentum ein Inbegriff von Rechtsbeziehungen zwischen Rechtssubjekten (2). "Rechte gibt es streng genommen nur gegen Personen, nicht aber gegen Sachen, denn Gebote, Verbote und Ermächtigungen können sich nur an Menschen wenden" (3). Wenn man also vom Eigentum an einer Sache spricht, so bedeutet das nur, daß die Sache das Bezugs-objekt für ein Bündel möglicher und wirklicher Rechtsbeziehungen zu anderen Personen ist (4).

-
- 1) siehe oben S. 94 ff. (hier ging es um den Geltungsgrund des öffentlich-rechtlichen Abwehranspruchs) und S. 164 ff. (dort standen die Voraussetzungen des Abwehranspruchs zur Diskussion)
 - 2) Struktur des Eigentums im Zusammenhang mit den Theorien der öffentlichen Sachen: Zippe-lius, DÖV 1958, S. 838 ff. (insbesondere S. 839)
 - 3) derselbe, a.a.O., S. 839
 - 4) derselbe, a.a.O., S. 839

Hat man aber einmal das Eigentum in ein solches Bündel von Rechtsbeziehungen zerlegt und sieht in ihnen die konstituierenden Elemente des Eigentums, nicht aber nur dessen Auswirkungen, dann ist es möglich, diese Rechtsbeziehungen teils dem öffentlichen und teils dem privaten Recht zuzuordnen. Faßt man allerdings das Eigentum als einen erstarrten Rechtskomplex auf, dann ist man gezwungen, diesen als Ganzes einem der beiden großen Rechtsgebiete einzugliedern. Die Rechtsbeziehungen zwischen dem Sachherrn und Dritten, bloße Auswirkungen des Eigentums, müssen dann dem Rechtsgebiet verhaftet bleiben, dem das Eigentum selbst zugerechnet wird.

Um so mehr überrascht es, daß die herrschende Meinung, obwohl sie im Immissionsrecht von einem starren Eigentumsverständnis ausgeht und den Rechtsweg präjudiziert, in bezug auf die öffentlichen Sachen auch öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse kennt. Es braucht nur auf die Unterhaltungspflicht, die als öffentlich-rechtliche Verbindlichkeit konstruiert wird (1), und auf das Recht auf Gemeingebrauch, das als

1) Wolff, Verwaltungsrecht, Bd. I, S. 388

subjektives öffentliches Recht verstanden wird (1), verwiesen zu werden. Bei der Ausübung des Hausrechts schließlich kommt die Dynamik des Eigentums vollkommen zum Durchbruch. Wird dem Störer verboten, eine öffentlich-rechtliche Angelegenheit persönlich in dem Dienstgebäude der Behörde vorzutragen, weil man um die ordnungsgemäße Erledigung von Behördenangelegenheiten fürchtet, dann soll das Hausverbot ein Verwaltungsakt sein (2). Will der Störer dagegen das Dienstgebäude nur aus geschäftlichen Gründen betreten, etwa um im Standesamt von Brautpaaren Fotoaufträge zu bekommen, wird einem daraufhin erlassenen Hausverbot privatrechtlicher Charakter beigemessen (3). Beide Male bezieht sich das Hausverbot auf ein und dieselbe öffentliche Sache und dennoch differenziert man. Einmal begründet man das Hausverbot mit der Anstaltsgewalt, das andere Mal mit den privatrechtlichen Eigentümerbefugnissen (4).

1) knappe Zusammenfassung des Meinungsstandes: Franz Mayer, JuS 1963, S. 206 ff.

2) OVG Münster, DVBl. 1963, S. 450; Berliner Bezirksverwaltungsgericht, DVBl. 1950, S. 245; OVG Berlin, DVBl. 1962, S. 763; OVG Hamburg, MDR 1957, S. 188

3) BGH, NJW 1961, S. 308; Bez. VG Berlin, DVBl. 1950, S. 245 f.

4) hierzu auch: Wolff, Verwaltungsrecht, Bd. II, S. 315 f.

Damit aber gibt die herrschende Meinung zu, daß in bezug auf eine Sache sowohl privatrechtliche wie auch öffentlich-rechtliche Beziehungen möglich sind.

Dogmatisch einwandfrei kann diese Unterscheidung nur aufrechterhalten werden, wenn man sich, wie hier die herrschende Meinung richtig gesehen hat, von der Sache löst und auf die Ziele und Tätigkeiten der beteiligten Personen abstellt.

Auch im Immissionsrecht darf nicht anders verfahren werden. Nicht der Müllplatz beeinträchtigt die Nachbargrundstücke. Die öffentliche Hand, also eine juristische Person, lagert den Müll auf ihren Grundstücken ab. Sie verursacht Immissionen, und es werden auch nicht die Nachbargrundstücke beeinträchtigt, sondern die Eigentümer in deren Nutzung. Es handelt sich um eine Beziehung zwischen Personen, aus der sich Abwehrrechte und Duldungspflichten ergeben. Die Sachen sind nur das Bezugsobjekt. Wenn es sich aber um eine Beziehung zwischen Personen handelt, dann müssen deren Zielsetzungen, Tätigkeiten und Funktionen für die rechtliche Qualifizierung ihres Verhältnisses zueinander ausschlaggebend sein.

Zu dieser Auffassung steht nicht in Widerspruch, daß die deutschen Gesetze vom Privateigentum an den öffentlichen Sachen ausgehen (1). Sie wollen damit nur klarstellen, daß trotz der öffentlichen Zweckbindung auch in bezug auf die öffentlichen Sachen Privatrecht in Frage kommt.

Die vom Bundesgerichtshof aufgestellte Vermutung für den prinzipiell privatrechtlichen Charakter der Immissionen (2) läßt sich demzufolge nicht auf die Theorie vom modifizierten Privateigentum stützen. Statt im Verhältnis zweier Grundstücke zueinander muß die Lösung in der Beziehung der öffentlichen Hand zu ihren Nachbarn und im Zusammenhang damit in der rechtlichen Bewertung der Tätigkeit auf dem immittierenden Grundstück gefunden werden.

1) siehe oben S. 203

2) siehe oben S. 188 ff. (insbesondere S. 190 - 194)

B. Die Durchbrechung des Präjudizes

Während die Lehre gemäß ihrem Präjudiz den Abwehranspruch gegen Immissionen stets dem Zivilrecht zuordnet (1), macht die Rechtsprechung von ihrer Vermutung für das Zivilrecht Ausnahmen. Damit löst sie sich von dem scheinbar festen Boden der Theorie des modifizierten Privateigentums und muß neue Abgrenzungskriterien finden.

1) mit Ausnahme der Autoren, welche die Rechtsprechung kritiklos zitieren, z. B.: Meisner-Stern-Hodes, Nachbarrecht, S. 701 ff.; Berg, Staudingers Kommentar, 3. Bd., 1. Teil, § 1004, Rd. Nr. 5

I. Die Subordinationstheorie

Die heute noch "eindeutig dominierende Methode der Abrenzung von öffentlichem und privatem Recht" ist die Subordinations- oder Subjektionstheorie (1). Öffentliches Recht sei grundsätzlich Subordinationsrecht. Der einseitige, mit Zwang verbundene Befehl sei hier typisch. Privatrecht hingegen sei grundsätzlich Koordinationsrecht. Hierfür sei das auf der Willensautonomie beruhende Rechtsgeschäft das typische Gestaltungsmittel (2).

Indem die Subordinationstheorie das öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnis an den durch Befehl und Zwang ausgewiesenen Hoheitsakt bindet, knüpft sie an die Handlungsformen und -mittel an, die für die Durchführung der anerkannten Staatsaufgaben im liberalen Rechtsstaat kennzeichnend waren, und ist somit "ein getreues Abbild der Wirklichkeit" seines staat-

1) Martens, Öffentlich als Rechtsbegriff, S. 89
(mit weiteren Literaturnachweisen in Fn. 52)

2) Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts,
S. 107

lichen Handelns (1).

Damit begegnet man hier derselben Erscheinung wie bei der Suche nach den Rechtsgrundlagen legitimen staatlichen Handelns, nur jetzt verlagert auf die Zuordnungsfrage.

Auch in diesem Zusammenhang kann nichts anderes gelten, als oben geschildert wurde (2). Entsprechend den beschränkten Staatszwecken des liberalen Rechtsstaates war sowohl eine Formalisierung der Legitimationsgrundlagen als auch eine Formalisierung der Zuordnung möglich. Die Aufgaben des sozialen Rechtsstaates aber lassen sich nur noch teilweise mit formalen Mitteln erfassen. Der Bezug auf die obrigkeitliche Gewalt und hoheitliche Rechtsformen vermag nur noch dort befriedigende Lösungen zu bieten, wo die Verfolgung der Staatszwecke in das nötige formale Gerüst eingebaut ist (3).

Gerade in den Immissionsprozessen beruht die Hauptschwierigkeit darauf, "daß sowohl die Einwirkungen selbst als auch die sie verursachenden Vorgänge in der Ebene des rein Tatsächlichen liegen, die auslösenden Maßnahmen sich mithin der

1) Martens, Öffentlich als Rechtsbegriff, S. 89

2) Hierin liegt auch der Grund für die allgemeine Schwierigkeit, öffentliches und Privatrecht klar zu trennen.

3) siehe oben S. 125 ff. und 149 ff.

Qualifikation als privatrechtliche Willenserklärungen oder Verwaltungsakte entziehen " (1).

1) Martens, Öffentlich-rechtliche Probleme des negatorischen Rechtsschutzes gegen Immissionen, S. 88

II. Die Formalisierung der Staats- zwecke in den Benutzungsord- nungen

Wenn sich auch die Immissionen und die immittierenden Tätigkeiten als reine Realakte der Qualifizierung "hoheitlich" bzw. "nicht hoheitlich" entziehen, wäre es doch voreilig, hieraus generell zu folgern, daß bei ihnen die Vorstellungen von Subordination und Koordination der Beteiligten nicht weiterhelfen (1).

Öffentliche Hand und privater Nachbar können in einer engen Beziehung stehen, die eine rechtliche Ausgestaltung erfahren hat. Das hierdurch gegebene Normengerüst liefert dann die nötige Formalisierung, aus der entnommen werden kann, ob die Beteiligten in dem betreffenden Rechtsverhältnis miteinander auf der Ebene der Gleichordnung oder der Über- und Unterordnung verkehren. Ist ein Rechtsverhältnis als Ganzes dem einen oder dem anderen Rechtsgebiet zugeordnet, dann müssen auch die

1) so aber: Martens, Öffentlich-rechtliche Probleme des negatorischen Rechtsschutzes gegen Immissionen, S. 88 Fn. 30 und in DVBl. 1968, S. 150

einzelnen sich hieraus ergebenden Rechtsbeziehungen demselben Rechtsgebiet angehören (1). Immissionsstreitigkeiten, die mit einem solchen formalisierten Rechtsverhältnis in innerem Zusammenhang stehen, folgen seiner Rechtsnatur.

Beim Bundesgerichtshof stand ein derartiger Fall zur Entscheidung an (2). Allerdings ging es hierbei nicht um die Abwehr von unwägbaren Stoffen, sondern um die Beeinträchtigung des Eigentums durch Ponderabilien, was aber an der Sache nichts ändert.

Das Grundstück des Klägers war an die städtische Kanalisation angeschlossen. Bei starken Regenfällen kam es zu Überlastungen des Kanalnetzes und zu Rückstauungen der Abwässer. Hierdurch drangen in den Keller des Klägers größere Mengen Schmutzwassers ein.

Der Bundesgerichtshof legte zunächst dar, daß die Beziehungen zwischen den Eigentümern der am Kanal angeschlossenen Grundstücke und der

-
- 1) Wolff, Verwaltungsrecht, Bd. I, S. 95
 - 2) BGH in DVBl. 1961, S. 736 ff.; in den Entscheidungsgründen ähnlich: Bay. VGH in Bay. VBl. 1965, S. 390 ff.

beklagten Stadtgemeinde in einer Satzung niedergelegt waren, nach welcher für die Benutzung eine Gebühr zu erheben und deren Übertretung mit Strafe bedroht war. Damit waren die Benutzer der Kanalisation eindeutig der öffentlichen Gewalt der Stadtgemeinde unterworfen, und das Gericht nahm an, daß das Rechtsverhältnis zwischen den Beteiligten dem öffentlichen Recht angehörte.

Wegen der in der Satzung zum Ausdruck gebrachten Hoheitsgewalt der Gemeinde war es ausreichend, die Subordinationstheorie heranzuziehen. Es war überflüssig, auf die mit der Kanalisation verfolgten Zwecke zurückzugreifen (1).

Zur Herleitung des Abwehranspruchs hatten sich dem Gericht einerseits die in der Satzung getroffene Regelung selbst, andererseits die Beeinträchtigung klägerischen Eigentums angeboten.

Aus der Satzung hatte das Gericht die Verpflichtung der Gemeinde entnommen, für eine einwandfreie Beschaffenheit und ein ordnungsgemäßes Funktionieren der Kanalisation im Verhältnis zu

1) so aber der BGH in DVBl. 1961, S. 736

den Benutzern zu sorgen (1). Komme die Gemeinde dieser Verpflichtung nicht nach, so sei der Abwehranspruch auf Erfüllung der in der Satzung niedergelegten Pflicht gerichtet und könne deshalb nur öffentlich-rechtlicher Natur sein (2). Insoweit muß man dem Bundesgerichtshof uneingeschränkt zustimmen.

Bei der Zuordnung des auf die Eigentumsbeeinträchtigung gestützten Abwehranspruchs wird jedoch die Argumentation des Bundesgerichtshofs verschwommen. In einem Satz allerdings tritt der entscheidende Gesichtspunkt für die Zuordnung zutage: "Nicht so sehr das privatrechtliche Eigentum des Klägers, sondern die Rechtsstellung, die der Kläger als eine vermöge ihres Eigentums am Grundstück an der Kanalisation beteiligte Person gegenüber der Beklagten inne hat, die Frage, ob und wie die Beklagte auf Verlangen des Klägers ihr Kanalisationsnetz zu gestalten und welche Vorkehrungen sie zu treffen hat, um die Rechtsstellung eines an der Kanalisation Beteiligten

1) § 8 Abs. I Buchstabe i der betreffenden Satzung
2) BGH in DVB1. 1961, S. 737

nicht zu beeinträchtigen, gibt den Ausschlag und prägt das Gesicht des vorliegenden Rechtsstreites" (1).

Zunächst wies der Bundesgerichtshof auf das "private Eigentum" des Klägers hin, ging also gar nicht darauf ein, daß diesem auch eine öffentlich-rechtlich geschützte Eigentumsposition zustand. Hier klingt wiederum das Präjudiz an, daß es an sich um die Abwehr von Beeinträchtigungen gehe, die von einem privaten Grundstück auf ein anderes erfolgen (2). Eine zivilrechtliche Streitigkeit konnte nun der Bundesgerichtshof aber nicht annehmen, sonst würde der Anspruch, aus ein und demselben Lebenssachverhalt entstanden und auf ein und dasselbe Ziel gerichtet, je nach seiner Begründung als Erfüllungsanspruch öffentlich-rechtlich und als Eigentumsfreiheitsanspruch privatrechtlich sein. Deshalb verwischte der Bundesgerichtshof die Unterschiede der beiden Ansprüche und ließ den Eigentumsfreiheitsanspruch übergleiten in den Erfüllungsanspruch. Auch für den Eigentumsfreiheitsanspruch rücke die Frage in den Vordergrund, ob und welche Regelung die von

1) BGH, in DVBl. 1961, S. 737

2) zur Kritik: siehe oben S. 205 ff.

der Beklagten erlassene Satzung hinsichtlich des Auftretens und der Verhinderung von Überschwemmungen der in Rede stehenden Art getroffen habe (1).

Tortzdem treffen die Überlegungen des Bundesgerichtshofs den Kern der Sache ; man muß sie nur vereinfachen. Bezüglich der Benutzung des Kanalnetzes war der Kläger der öffentlichen Gewalt der Beklagten unterworfen. Die Eigentumsbeeinträchtigung stand in innerem Zusammenhang mit der Benutzung der gemeindlichen Einrichtung, denn sie konnte nur geschehen, weil der Kläger an das Kanalnetz angeschlossen war. Deshalb stand der Kläger auch insoweit in einem Subordinationsverhältnis zur Beklagten. Der auf das Eigentum gestützte Abwehranspruch mußte ebenfalls öffentlich-rechtlicher Natur sein.

Entsprechendes galt im umgekehrten Falle. Ist das Verhältnis zwischen dem Betroffenen und der öffentlichen Hand insgesamt dem Privatrecht in speziellen Normen unterstellt, dann ist sowohl der aus den vertraglichen Pflichten wie auch der aus dem Eigentum hergeleitete Abwehranspruch

1) BGH DVBl. 1961, S. 737

dem Zivilrecht zuzuordnen. Das trifft dann zu, wenn die Kanalordnung nicht in einer Satzung, sondern in allgemeinen Geschäftsbedingungen niedergelegt ist und der Benutzer des Kanals mit der Gemeinde einen bürgerlich-rechtlichen Vertrag geschlossen hat.

III. Die Formalisierung der Staats- zwecke in dem Begriff der ho- heitlichen Maßnahme

Fehlt es, wie in der Regel, an einer besonderen Rechtsbeziehung zwischen dem Betroffenen und der öffentlichen Hand, dann nimmt die Rechtsprechung eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit unter der Voraussetzung an, daß sich der Abwehranspruch "gegen solche Beeinträchtigungen des Eigentums" richtet, "die ihrerseits unmittelbar auf die Ausübung der Herrschaftsgewalt zurückgehen" (1). Eine hoheitliche Maßnahme sei nur Angriffsziel des Abwehranspruchs, wenn die Benutzung des emittierenden Grundstücks in den Formen des öffentlichen Rechts geregelt sei (2).

-
- 1) BGH Bd. 41, S. 264 (insbesondere S. 266);
BGH in DVbl. 1965, S. 157 f.; Bay. VGH in
Bay. VBl. 1965, S. 390 f.; BGH Bd. 5, S. 76 ff.
(insbesondere S. 82 f.)
2) BGH in DVBl. 1968, S. 148; BGH Bd. 41, S. 266 ff.;
im übrigen wie Fn. 1

1. Die Benutzungsordnung und
Drittbeziehungen

So berechtigt es war, die Benutzungsordnung zur Charakterisierung des Abwehranspruchs heranzuziehen, wenn der Betroffene der Benutzungsordnung unterworfen ist (1), so zweifelhaft wird die Berufung auf das Benutzungsverhältnis, wenn der Betroffene außerhalb steht (2).

Im Kirmesfall (3) klagten die A n l i e -
g e r gegen die Gemeinde wegen der von der Kirmes ausgehenden Immissionen. Der Bundesgerichtshof bejahte den Zivilrechtsweg, weil sich die Bereitstellung des Grundstücks für die Kirmesveranstaltung nicht auf eine besondere öffentlich-rechtliche Regelung stütze, sondern auf die allgemeinen Rechtssätze des Privatrechts. Die Gemeinde habe ihr Verhältnis zu den V e r a n s t a l t e r n nicht

-
- 1) also wie im Beispiel auf S. 216 an das Kanalnetz angeschlossen ist
2) also jetzt kein Benutzer der gemeindlichen Kanalisation ist
3) BGH Bd. 41, S. 264 ff.; Kirmesveranstaltungen dienen dem öffentlichen Wohl (siehe auch oben S. 143 Fn. 1)

durch Satzung geregelt, sondern ihren Grund und Boden diesen privatrechtlich überlassen (1).

Wer bei Immissionen, die von einem gemeindlichen Jahrmarkt auf benachbarte Grundstücke ausgehen, auf die Benutzungsordnung zu den Veranstaltern abstellt, der übersieht, daß sich auch die Anlieger eines Truppenübungsplatzes nicht im militärischen Gewaltverhältnis befinden (2). Rechtsverhältnisse sind rechtliche Beziehungen zwischen Personen. Ein vom Kläger gegen den Beklagten gerichteter Anspruch kann sich nur aus deren Rechtsbeziehung zueinander bestimmen und nicht aus einer Rechtsbeziehung des Beklagten zu Dritten, hier den Veranstaltern (3).

Dort, wo Gegenstand der Betätigung der öffentlichen Hand Leistungen sind, die den Bürgern

1) BGH Bd. 41, S. 267 ff.

2) Martens in DVBl. 1968, S. 150. Trotzdem stellt auch Martens letztlich darauf ab, ob die immittierende Verwaltungseinrichtung öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich organisiert ist (Öffentlich-rechtliche Probleme des negatorischen Rechtsschutzes gegen Immissionen, S. 88 f.)

3) hierzu: Ule-Fittschen, JZ 1965, S. 315 f.; vgl. auch: Bay.VGH in VwRspr. Bd. 12, S. 331 ff. (insbesondere S. 337)

dargeboten werden, sind die Rechtsformen des Privatrechts und des öffentlichen Rechts in gewissem Grade vertauschbar (1). Die Benutzung von Kinderspielplätzen, Hallenbädern und anderen Sportanlagen kann durch Satzung, aber auch durch allgemeine Geschäftsbedingungen geregelt werden. Hieraus ergibt sich aber nicht zwangsläufig, daß jeder anhängige Rechtsstreit in bezug auf eine privatrechtlich geregelte Einrichtung, die dem Allgemeinwohl dient, dem Zivilrecht angehört. Schon die Frage der Zulassung bleibt nach überwiegender Meinung öffentlich-rechtlich (2). Die Wahlmöglichkeit zwischen den beiden Rechtsformen selbst kann auch nur öffentlich-rechtlich sein, denn allein die öffentliche Hand hat die Befugnis zu bestimmen, nach welchem Recht sich die Nutzung ihrer Einrichtungen bemessen soll.

-
- 1) Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 528 f.; kritisch zu den privatrechtlichen Nutzungsordnungen: Stern, Die öffentliche Sache, VVDStRL Heft 21, S. 201 f.; über die Freiheit der Wahlmöglichkeit: Schneider, NJW 1962, S. 706; BGH Bd. 34, S. 206 f.; BayVerfGH Bd. 9 II, S. 114 ff.
 - 2) BayVerfGH, a.a.O., S. 119; Bay. VGH Bd. 12, S. 1 ff. (insbesondere S. 7), in BayVbl. 1959, S. 125 ff. und in BayVbl. 1966, S. 207 ff.; a. A.: Obermayer, Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, S. 368

Ein Blick auf die Benutzungsordnungen zeigt, daß diese nur technische Fragen in bezug auf die Benutzung zum Gegenstand haben, und es wäre voreilig, aus einer solchen technischen Regelung auf die Rechte Dritter, die nicht im Benutzungsverhältnis stehen, zu schließen (1). Die Benutzungsordnungen betreffen allein die Nutzung. Um diese geht es aber bei dem Abwehranspruch Dritter gegen Immissionen nicht. Die Befugnis, öffentliche Aufgaben privatrechtlich zu regeln, kann immer nur soweit gehen, als ein regelungsfähiger Gegenstand zugrunde liegt. Sie ist damit immer zielgerichtet.

Die Beziehung der öffentlichen Hand zu ihren Nachbarn ist kein regelungsfähiger Gegenstand, sondern eine Frage des höherrangigen Rechts, also entweder der §§ 906, 1004 BGB oder der Vorschriften des Verwaltungsrechts (2). Ausschlaggebend ist allein, ob das Rechtsverhältnis zwischen öffentlicher Hand und privaten Nachbarn so geartet ist, wie zwischen zwei privaten Grundstückseigentümern, z. B. einem privaten Gewerbetreibenden und seinem privaten Nachbarn, oder ob

1) Ule-Fittschen, JZ 1965, S. 315 f.; Martens, DVBl. 1968, S. 150

2) dargestellt im 2. und 3. Kapitel

es die besonderen Merkmale des öffentlichen Rechts trägt (1). Keine Norm spricht der Verwaltung diesbezüglich eine Entscheidungsbefugnis zu. Aus den Benutzungsordnungen jedenfalls kann der Charakter des von einem Dritten erhobenen Abwehranspruchs nicht entnommen werden.

Die unzulässige Vermengung verschiedener Rechtsverhältnisse wird noch deutlicher, wenn man bedenkt, daß es auch Rechtsbeziehungen zwischen den Nachbarn und den Benutzern der öffentlichen Einrichtungen gibt. Im Kirmesfall (2) wurden die Immissionen nicht unmittelbar von der öffentlichen Hand hervorgerufen, sondern von den Schaustellern und anderen Veranstaltern. Auch im Straßenrecht wird der Verkehrslärm nicht von der Verwaltung selbst verursacht, sondern von den Straßenbenützern. Als Angriffsgegner eines Abwehranspruchs kommen sowohl die öffentliche Hand als auch die privaten Immittenten in Frage (3). Die Immittenten sind die tatsächlichen Urheber der Störungen, die Störungen gehen aber auf Veranlassung der öffentlichen Hand zurück. Soweit ein Abwehranspruch gegen die Benutzer erhoben wird, bewegt der Streit sich ein-

1) Ule-Fittschen, JZ 1965, S. 315 f.

2) siehe oben S. 223

3) hierzu: Scholz, Die Lehre vom öffentlichen Eigentum im geltenden deutschen Recht, S. 80 f. und 215 f.

deutig auf der Ebene der Gleichordnung, und es kann nur Privatrecht Anwendung finden (1). Niemand käme auf den Gedanken, hieraus zu schließen, daß der gegen die öffentliche Hand erhobenen Abwehranspruch ebenfalls zivilrechtlich sein müßte (2).

-
- 1) Scholz, Die Lehre vom öffentlichen Eigentum im geltenden deutschen Recht, S. 80 und 216. Ob die privaten Immittenten wirklich Störer sind und ein gegen sie erhobener Anspruch tatsächlich zum Erfolg führt, kann dahingestellt bleiben (Näheres: Kodal, Straßenrecht, S. 351).
 - 2) Ule-Fittschen, JZ 1965, S. 315 f.

2. Die Differenzierung zwischen der auf eine wesentliche Änderung des öffentlichen Betriebs und der auf die Anbringung von Schutzvorrichtungen zielenden Klage
-

Selbst wenn das immittierende Grundstück in den Formen des öffentlichen Rechts genutzt wird, braucht nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ein gegen die Immissionen gerichteter Abwehranspruch dennoch nicht öffentlich-rechtlicher Natur zu sein.

Der Abwehranspruch ziele nur dann gegen die Ausübung der Herrschaftsgewalt - das entscheidende Kriterium für die Annahme öffentlichen Rechts -, wenn die Vollstreckung eines der Klage stattgebenden Urteils zur Aufhebung oder Änderung einer hoheitlichen Maßnahme führen würde (1). Solange nur die Anbringung geeigneter Schutzmaßnahmen und die Vornahme sonstiger Schutzvorkehrungen begehrt werde, also von einer wesentlichen Beeinträchtigung des öffentlichen

1) BGH Bd. 41, S. 226; BGH DVBl. 1965, S. 158;
BGH Bd. 5, S. 82 f., Bay. VGH BayVBl. 1965, S. 391

Betriebs nicht gesprochen werden könne, müsse die Immissionsstreitigkeit als zivilrechtlich betrachtet werden.

Diese Differenzierung scheint eine konsequente Fortsetzung des formalen Denkens zu sein (1). Man begnügt sich nicht damit, als Ursache der Eigentumsbeeinträchtigung eine Hoheitsmaßnahme zu verlangen, sondern fordert überdies, daß die erfolgreiche Abwehrklage formal einen Hoheitsakte abändern würde.

Die materiellrechtlichen Untersuchungen haben jedoch gezeigt, daß sowohl der privatrechtliche wie auch der öffentlich-rechtliche Abwehranspruch auf Unterlassung der Eigentumsbeeinträchtigung schlechthin gerichtet sind (2). Es bleibt der Beklagten überlassen, durch welche Maßnahmen sie Abhilfe schafft, sei es, daß sie Schutzvorkehrungen trifft, sei es, daß sie in den Betriebsablauf der immittierenden Verwaltungstätigkeit eingreift. Das Beispiel von der staatlichen Forschungsanstalt mag das noch einmal verdeutlichen.

1) siehe oben S. 125 ff., S. 149 ff. und S. 213

2) zunächst als Postulat auf S. 28, dann als Erkenntnis auf S. 180 ff.

Die Forschungsanstalt hatte eine besonders stark Rauch entwickelnde Versuchsreihe aufgenommen. Da die Anstalt nur einen sehr niedrigen Kamin hatte, schlug sich der Rauch auf dem frisch verputzten Haus des Nachbarn nieder (1).

Es hatte sich ergeben, daß der Nachbar gegen die Rauchimmissionen auf sein Grundstück vorgehen kann. Er kann mit seiner Klage aber nur die Einstellung der Eigentumsbeeinträchtigung verlangen, nicht jedoch eine bestimmte Maßnahme der Forschungsanstalt. Wie die Forschungsanstalt die Immissionen verhindert, muß ihr selbst überlassen bleiben. Sie hat hierzu verschiedene Möglichkeiten. So kann sie etwa den Kamin erhöhen, was nach der Terminologie der Rechtsprechung die "Anbringung einer Schutzmaßnahme" wäre. Die Forschungsanstalt könnte aber auch die rauchenden Experimente einstellen. Das wäre dann ein Eingriff in den Betriebsablauf. Schließlich könnte sich der Staat auch entschließen, seine Forschungsanstalt an einen anderen Ort zu verlegen, was ebenfalls als Eingriff in den Betriebsablauf gilt.

1) siehe oben S. 28

Nur ausnahmsweise ist es denkbar, daß sich der Abwehranspruch auf eine ganz bestimmte Tätigkeit konzentriert, nämlich dann, wenn keine andere Maßnahme wirksame Abhilfe verspricht. Wenn also die Stadtverwaltung mitten im Stadtzentrum eine Gasanstalt errichtet, dann können die Nachbarn die Verletzung des Gaswerkes mit der Abwehrklage verlangen (1).

Es muß doch nun für die rechtliche Zuordnung der Abwehrklage, sei es zum öffentlichen oder zum privaten Recht, gleichgültig sein, ob Unterlassung der Immission schlechthin oder wegen der besonderen Umstände ausnahmsweise eine spezielle Maßnahme verlangt werden kann. Der Abwehranspruch kann seinen Rechtscharakter nicht dadurch ändern, daß er sich in einem besonders gelagerten Fall auf eine bestimmte Tätigkeit konzentriert. Richtet sich der Abwehranspruch gegen die Immissionen einer bestimmten Verwaltungstätigkeit, dann muß er stets denselben Rechtscharakter haben, gleichgültig wie im Einzelfalle die Immissionen abzustellen sind.

Die Rechtsprechung hingegen unterscheidet bei ein und derselben Eigentumsbeeinträchtigung für die rechtliche Zuordnung des Abwehranspruchs da-

1) siehe oben S. 182

nach, welche Maßnahme der Kläger im einzelnen begehrt.

Es ergibt sich somit folgendes Bild: Grundsätzlich sollen nach der Rechtsprechung Immissionsstreitigkeiten mit der öffentlichen Hand dem Privatrecht angehören (1). Ausnahmsweise komme jedoch öffentliches Recht in Frage, und zwar dann, wenn die immittierende Verwaltungseinrichtung in den Formen des öffentlichen Rechts betrieben werde (2). Werde aber in diesem zweiten Falle lediglich die Anbringung von Schutzvorrichtungen begehrt, dann handle es sich wiederum um eine zivilrechtliche Streitigkeit (3). Öffentlich-rechtlich sei der Immissionsstreit deshalb nur dann, wenn nicht nur die Einrichtung in den Formen des öffentlichen Rechts betrieben werde, sondern außerdem auch noch eine Maßnahme begehrt werde, die einen sogenannten Eingriff in den Betriebsablauf darstelle.

Dogmatisch gesehen nimmt die Rechtsprechung damit die Spaltung eines als einheitlich anerkannten Anspruchs vor, weil nämlich der Rechtscharakter des Abwehranspruchs nicht davon abhängig ist, welche Maßnahme zum Abstellen der Immissionen vorgenom-

1) siehe oben S. 189 ff.

2) siehe oben S. 215 ff. und 222 ff.

3) siehe hier S. 229 ff.

men wird. Wenn die Rechtsprechung schon Immissionen, die auf eine hoheitliche Tätigkeit zurückgehen, dem öffentlichen Recht zuordnet, dann muß ein gegen solche Immissionen gerichteter Anspruch ebenfalls immer dem öffentlichen Recht angehören. Die Rechtsprechung aber spaltet diesen Anspruch. Obwohl sie zugibt, daß der Abwehranspruch gegen Immissionen, die auf eine hoheitliche Tätigkeit zurückgehen, dem öffentlichen Recht zuzuordnen ist, bricht sie aus ihm ein Stück heraus und nimmt dieses wiederum ins Privatrecht, nämlich dann, wenn zur Beseitigung der Immissionen nur Schutzmaßnahmen verlangt werden.

Für den Rechtsschutz des Bürgers ergibt sich hieraus eine bedenkliche Konsequenz. Man stelle sich einmal vor, in einer gegen Immissionen gerichteten Klage gehe der Hauptantrag auf Beseitigung der öffentlichen Einrichtung, während ein damit verbundener Hilfsantrag lediglich die Anbringung geeigneter Schutzmaßnahmen bezwecke. Das Verwaltungsgericht müßte die bei ihm erhobene Klage, nachdem es den Hauptantrag zwar für zulässig, aber nicht begründet erachtet hat, zur weiteren Entscheidung über den Hilfsantrag an die ordentlichen Gerichte verweisen (1). Sinnvoll

1) Ule-Fittschen, JZ 1965, S. 316

und rechtssystematisch richtig erscheint hier nur die Lösung, daß das Verwaltungsgericht auch den Hilfsantrag auf seine Begründetheit hin prüft und über ihn entscheidet (1).

1) Ule-Fittschen, JZ 1965, S. 316

IV. Die Fiskustheorie

Wenn zunächst als Ursache für die Spaltung des Abwehranspruchs die formale Betrachtung hervorgehoben wurde, darf man hierin dennoch nicht die einzige Wurzel für die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sehen. Soweit nämlich der Abwehranspruch auf die Anbringung von Schutzvorrichtungen zielt, nimmt der Bundesgerichtshof abermals eine Spaltung vor. Sollten die Schutzmaßnahmen Aufwendungen erfordern, die offensichtlich außerhalb der verfügbaren Haushaltsmittel stehen, oder sollten die Schutzvorrichtungen im Rahmen größerer und umfassenderer Planung allenfalls eine kurzfristige Wirkung entfalten, die in keinem Verhältnis zu dem erforderlichen Aufwand steht, dann müsse wiederum eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit angenommen werden (1). Auch in diesen Fällen sei die Klage auf eine wesentliche Änderung der öffentlichen Einrichtung gerichtet (2).

1) BGH in DVBl. 1965, S. 158

2) BGH, a.a.O., S. 158

Von einem rein formalen Standpunkt aus läßt sich dieses Ergebnis nicht begründen. Die formalen Überlegungen müssen noch von anderen Erwägungen überlagert sein. Die Trennlinie zwischen öffentlichem und privatem Recht läßt sich in der Rechtsprechung nicht nur danach ziehen, ob formal in einen Hoheitsakt eingegriffen wird, sondern es muß überdies berücksichtigt werden, ob nur Maßnahmen rein wirtschaftlicher Art oder aber solche, die auf den Betriebsablauf selbst, und sei es auch nur indirekt, Einfluß nehmen, verlangt werden (1).

Bei dieser Betrachtungsweise sind Überreste der Fiskustheorie unverkennbar (2). Die Fiskustheorie (3) war eine reine Zweckschöpfung der spätabolutistischen-polizeistaatlichen Epoche, in der es ein Verwaltungsrecht im eigentlichen Sinn noch nicht gab. Soweit der Fürst und seine Behörden obrigkeitliche Gewalt ausübten, konnten die Untertanen gegen sie nichts ausrichten. In

-
- 1) Müller, Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche im Verwaltungsrecht, S. 188
 - 2) derselbe, a.a.O., S. 188
 - 3) zur Fiskustheorie: Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 1. Band, S. 49 ff.; Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 106 f.; Zeidler, Schranken nichtstaatlicher Verwaltung, VVDStRL Heft 19, S. 221 ff.

Besinnung auf das römische Recht schuf man den Fiskus als selbständige juristische Person, noch ehe der Staat im übrigen als solche gedacht wurde. Der Fiskus vertrat den Staat in allen vermögensrechtlichen Streitigkeiten, die an die Ausübung öffentlicher Gewalt anknüpften. In die öffentlich-rechtlichen Verhältnisse wurden, soweit sie finanzielle oder geldwerte Interessen zum Gegenstand hatten, zivilrechtliche Beziehungen hineinkonstruiert. Damit konnte die Fiskustheorie ihren praktischen Sinn erfüllen. Der Untertan war gegenüber der Obrigkeit nicht mehr völlig rechtlos. Er hatte für seine vermögensrechtlichen Belange den Fiskus als Gegner und konnte gegen diesen vor den Zivilgerichten klagen.

Als im 19. Jahrhundert die Einheit von Staat und Fiskus erkannt wurde, führte das noch nicht zu einer Abkehr von der Fiskustheorie. Der Fiskus wurde eben jetzt als Inbegriff des Staatsvermögens oder als Staatsgewalt in allen ihren vermögensrechtlichen Beziehungen gedeutet.

Erst als nach und nach die Verwaltungsgerichte entstanden, kehrte die Wissenschaft der Fiskustheorie den Rücken. Auf die Gerichtspraxis jedoch verlor die Fiskustheorie ihren Einfluß nicht. Das hatte auch insofern seine Berechtigung, als

der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz noch nicht voll ausgebaut war. Wegen des Enumerationsprinzips gab es keine Möglichkeit, gegen Realakte mit einem öffentlich-rechtlichen Abwehranspruch vorzugehen. Die Rechtsprechung mußte deshalb bestrebt sein, um wenigstens in gewissem Umfange auch auf diesem Sektor Rechtsschutz gegen die Obrigkeit zu gewähren, aus dem öffentlich-rechtlichen Abwehranspruch die vermögensrechtlich deutbaren Teile herauszuberechnen und ins Zivilrecht zu übernehmen.

Schutzvorrichtungen gegen Immissionen kann die öffentliche Hand mit wirtschaftlichen Mitteln errichten, ohne in den Betriebsablauf ihrer Einrichtungen eingreifen zu müssen. Deshalb ließ das Reichsgericht die Klage auf Anbringung geeigneter Schutzvorrichtungen und auf Vornahme sonstiger Schutzmaßnahmen vor den Zivilgerichten zu (1). Die finanziellen

1) RG Bd. 133, S. 152 ff. (insbesondere S. 153); Bd. 159, S. 129 ff. (insbesondere S. 131); Bd. 170, S. 40 ff. (insbesondere S. 43); JW 1938, S. 2969 f.
siehe auch oben S. 109 f., wo zwei Reichsgerichtsentscheidungen näher ausgeführt sind.

Möglichkeiten der öffentlichen Hand durften durch eine solche Klage freilich nicht überschritten werden.

Der Bundesgerichtshof gab zwar zu, daß die Rechtsprechung des Reichsgerichts einer Zeit entstammt, in welcher der Verwaltungsrechtsschutz nicht so ausgebaut war, wie er es heute ist, und daß deshalb das Reichsgericht von dem Bestreben getragen war, wenigstens in begrenztem Umfange dem Staatsbürger einen Abwehranspruch einzuräumen (1). Er zog auch in Erwägung, daß angesichts der umfassenden Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte heute die reichsgerichtliche Rechtsprechung möglicherweise als überholt angesehen werden müsse, vermied aber eine abschließende Stellungnahme und rezipierte trotz seiner Bedenken die Rechtsprechung des Reichsgerichts.

Was damals als Zweckschöpfung einen guten Sinn hatte, wird durch die veränderte Verfassungslage ins Gegenteil verkehrt. Seit der Einführung von Art. 19 Abs. IV GG ist dem Bürger gegen Verletzungen seiner Rechte durch die öffentliche Gewalt auf jeden Fall der Rechtsweg eröffnet. Die viel-

1) BGH DVB1. 1961, S. 737

fältige Spaltung des Abwehranspruchs durch den Bundesgerichtshof führt heute nur zu einer Verwirrung der gerichtlichen Zuständigkeiten und zu einer Schwächung des Rechtsschutzes.

Eine klare und damit zufriedenstellende Grenzziehung zwischen öffentlichem und privatem Recht bei Immissionsstreitigkeiten läßt sich nur finden, wenn man sich von der schwierigen und verwirrenden Systematik der Rechtsprechung löst.

C. Die Zuordnung des öffentlich-rechtlichen
und des privatrechtlichen Abwehranspruchs
als jeweils geschlossene Einheit

I. Die Einordnung ins Privatrecht

Im Gegensatz zur Rechtsprechung umgeht die herrschende Lehre die Abgrenzungsschwierigkeiten. Gemäß ihrem Präjudiz, der Theorie vom modifizierten Privateigentum, ordnet sie sämtliche Immissionsstreitigkeiten mit der öffentlichen Hand dem Zivilrecht zu, gleichgültig, ob das emittierende Grundstück dem allgemeinen Wohl oder erwerbswirtschaftlichen Interessen zu dienen bestimmt ist (1).

Demnach ist für die herrschende Lehre § 906 BGB unmittelbar anzuwenden. Das aber würde bedeuten, daß die öffentliche Hand bei Verfolgung des öffentlichen Interesses nicht besser gestellt würde als irgendein privater Immittent. Vor dieser

1) siehe oben S. 198 ff., aber auch schon S. 112 ff.

Konsequenz schreckt man zurück und nimmt einen materiellrechtlichen Ausschluß des Abwehranspruchs an, wo das Reichsgericht den Rechtsweg für unzulässig erklärt hat. Diese Beschränkung des bürgerlich-rechtlichen Abwehranspruchs begründet man mit dem Vorrang der öffentlichen Zweckbestimmung vor den privaten Rechten (1). § 1004 BGB könne hier wegen seines Abs. II keine Anwendung finden (2). Vor allem im Straßenrecht wird immer wieder betont, daß es doch nicht möglich sein könne, durch Erhebung des bürgerlich-rechtlichen Unterlassungsanspruchs den öffentlichen Verkehr lahmzulegen. Das würde im Widerspruch dazu stehen, daß die öffentlichen Straßen durch die Widmung Gegenstand hoheitlicher Verwaltung werden. Nur sofern die Einwirkungen darauf beruhen, daß die öffentliche Hand nicht die entsprechenden, technisch möglichen und wirtschaftlich zumutbaren Vorrichtungen getroffen habe, könne eine Abwehrklage auch begründet sein. Der Anspruch gehe dann auf Anbringung der fehlenden Schutzvorrichtungen. Der öffentlich-rechtliche Charakter der betreffenden Einrichtung

1) Kodal, Straßenrecht, S. 342 und oben S. 112 ff.
2) Degenhart, in Palandt, § 1004 Anm. 7 b

stehe hier nicht entgegen, da es nicht um diese selbst gehe, sondern öffentliche Hand und Nachbar sich insoweit gleichberechtigt gegenüberstehen (1).

Die materiellrechtliche Beschränkung des zivilrechtlichen Abwehranspruchs war bereits Gegenstand der Arbeit (2). Dabei ging es um die Frage, ob sich § 906 BGB mit der von der herrschenden Lehre vorgenommenen Modifizierung ins öffentliche Recht übertragen und auf den öffentlich-rechtlichen Abwehranspruch anwenden läßt (3).

Jetzt soll untersucht werden, ob die materiellrechtliche Behandlung des Abwehranspruchs durch die herrschende Lehre mit seiner formellen Zuordnung durch diese in Einklang steht, oder aber, ob die herrschende Lehre, obwohl sie die Immissionsstreitigkeiten mit der öffentlichen Hand dem Zivilrecht eingliedert, diese materiellrechtlich nach öffentlich-rechtlichen Grundsätzen entscheidet.

-
- 1) siehe Steinbauer, Entschädigungs- und Schadensersatzansprüche der Anlieger im Straßen- und Wegerecht, S. 7 (Er gibt dort eine kurze Zusammenfassung der h. M. mit vielen Literaturhinweisen).
 - 2) oben S. 111 ff.
 - 3) siehe oben S. 118 ff.

Die Zulässigkeit des Zivilrechtswegs wird mit dem Hinweis begründet, daß die Grundstücke der öffentlichen Hand wie jedes andere auch in den nachbarlichen Raum eingegliedert seien. Materiellrechtlich privilegiert man sie jedoch im Interesse der auf ihnen verwirklichten Zwecke. Die öffentliche Hand wird eben nicht derselben Rechtsordnung wie private Immittenten unterworfen.

Aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch ergibt sich die Sonderstellung der öffentlichen Hand nicht, denn es wurde nicht für die Berücksichtigung der Verwaltungszwecke geschaffen, wenn man von § 839 BGB absieht. Nur das öffentliche Recht kann eine Sonderstellung der Verwaltung rechtfertigen. Wird die Verwaltung privilegiert, dann handelt es sich um eine öffentlich-rechtliche Erwägung (1). Ist aber die Privilegierung öffentliches Recht, dann muß auch die ihr entsprechende Duldungspflicht der Nachbarn dem öffentlichen Recht angehören. Die Duldungspflicht wiederum ist

1) Badura, Das Verwaltungsmonopol, S. 86 - 90; beachte allerdings denselben, S. 89 Fn. 37, wo er trotz seiner Erkenntnisse an einer formalen Abgrenzung der Zuordnung festhält. In "Verwaltungsrecht im liberalen und im sozialen Rechtsstaat" (passim) grenzt Badura offensichtlich nur noch nach materiellen Gesichtspunkten ab.

aber nur die Kehrseite des Abwehranspruchs. Deshalb muß auch der Abwehranspruch gegen Immissionen, die bei Verfolgung eines Verwaltungszweckes entstehen, dem öffentlichen Recht angehören.

Wenn die herrschende Lehre trotzdem Zivilrecht annimmt, widersprechen sich formeller und materieller Teil bei ihren Erwägungen.

Soll die öffentliche Hand bei Verwirklichung ihrer Zwecke privilegiert werden - und es läßt sich nicht leugnen, daß man sie privilegieren muß - , dann muß man sich auch dazu bekennen, daß die Rechtsbeziehungen zu den von ihrer Tätigkeit Betroffenen öffentlich-rechtlich ausgestaltet sind.

II. Die Einordnung ins öffentliche Recht

1. Die Verwaltungszwecke

In ihrer Kritik zum Kirmesplatzurteil (1) legen Ule-Fittschen Gedankengänge dar, aus welchen sich eine am Verwaltungszweck orientierte Zuordnungstheorie entwickeln läßt (2).

Die Grundlage für ihre Überlegungen bildet die unbestreitbare Tatsache, daß ein Angriff über § 47 VwGO gegen den Bebauungsplan, in welchem ein Grundstück der Gemeinde als Freifläche für Kirmesveranstaltungen ausgewiesen ist, auf jeden Fall eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit ist (3). Sodann nehmen sie an, daß die Nachbarn, die sich durch die Immissionen von

1) Das Kirmesplatzurteil ist oben auf S. 223 ff. näher ausgeführt

2) Ule-Fittschen, JZ 1965, S. 315 ff.

3) dieselben, a.a.O., S. 317

der Kirmes beeinträchtigt fühlen, nicht gegen den Bebauungsplan selbst vorgehen, um eine Verlegung der Freifläche zu erreichen, sondern mit einer negatorischen Klage die Einstellung des Jahrmarktes anstreben.

Sowohl nach der herrschenden Lehre, als auch nach ständiger Rechtsprechung kann über diese Klage nur das Zivilgericht entscheiden. Da die Gemeinde mit der Kirmesveranstaltung aber lediglich den Bebauungsplan vollziehe und sich genau an dessen Bestimmungen halte, so führen Ule-Fittschen weiter aus, werde hier letztlich über die Gültigkeit und die Wirksamkeit des Bebauungsplanes gestritten (1). Ein vom Zivilgericht der Klage stattgebendes Urteil würde zwar den Bebauungsplan nicht gänzlich aufheben, aber es würde seine Wirksamkeit doch erheblich einschränken. Es wäre eine allzu formalistische

1) Ule-Fittschen, JZ 1965, S. 317; ähnlich: Peter, JZ 1968, S. 266; beachte auch: BGH Bd. 23, S. 153 ff. (insbesondere S. 169): "Die Genehmigung der Verkaufsbaracken ist ein unmittelbarer Eingriff, obschon der Schaden erst durch den Bau der Baracken eingetreten ist." Hier bekennt sich der BGH also doch zu dem inneren Zusammenhang von Hoheitsakt und dessen Verwirklichung.

und wirklichkeitsfremde Betrachtungsweise, wenn man dem entgegenhalten wollte, der Bebauungsplan werde durch das Urteil formell nicht geändert, die in ihm ausgewiesene Freifläche dürfe sogar in der einmal geschaffenen Form bestehen bleiben, sie dürfe eben nur nicht dem ihr im Bebauungsplan zugedachten Sinne entsprechend genutzt und benutzt werden. Ob ein Bebauungsplan so, wie er gedacht, entworfen, erläutert, begründet, genehmigt, ausgelegt, überprüft ... und bekannt gemacht ist, auch vollzogen werden dürfe, erweise sich auch dann als eine rein öffentlich-rechtliche Frage, wenn sich der Vollzugsakt gegenüber den Betroffenen nicht als Verwaltungsakt, sondern als rein tatsächlicher Vorgang darstelle (1).

Die von Ule-Fittschen entworfenen Gedanken lassen sich ohne weiteres verallgemeinern. Ist die Verwaltung nicht erwerbswirtschaftlich tätig, dann verwirklicht sie die ihr in expliziten Normen, in allgemeinen Zwecknormen oder in ungeschriebenen Normen des Rechtsbewußtseins vorgegebenen Zwecke. Gehören diese Normen dem öffent-

1) Ule-Fittschen, JZ 1965, S. 318

lichen Recht an, dann müßte sich unter Zugrundelegung der Meinung von Ule-Fittschen ihr Vollzug ebenfalls nach öffentlichem Recht richten.

Wann aber eine Norm dem öffentlichen Recht zuzurechnen ist, kann der Wolffschen Subjektstheorie entnommen werden (1). Wolff sieht den Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht in der Verschiedenheit der die Rechtsordnung bildenden Rechtssätze (2). Das öffentliche Recht ist das Sonderrecht der öffentlichen Regierung und Verwaltung (3). Es ist deshalb der Inbegriff derjenigen Rechtssätze, deren Zuordnungssubjekt ausschließlich ein Träger öffentlicher Gewalt ist (4).

Alle Normen, die der Verwaltung ihre Zwecke aufgeben, richten sich ausschließlich an einen Hoheitsträger und müssen deshalb dem öffentlichen Recht zugezählt werden. Ihr Vollzug und alle damit

-
- 1) Wolff, Der Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht, AöR, Bd. 76, S. 205 ff. und in Verwaltungsrecht, Bd. I, S. 93 f.
 - 2) derselbe, AöR, Bd. 76, S. 206 und in Verwaltungsrecht, Bd. I, S. 93
 - 3) derselbe, AöR, Bd. 76, S. 208; ähnlich: Badura, Das Verwaltungsmonopol, S. 86 ff.
 - 4) Wolff, AöR, Bd. 76, S. 208 und in Verwaltungsrecht, Bd. I, S. 93

in Zusammenhang stehenden Rechtsbeziehungen müssen demnach ebenfalls dem öffentlichen Recht angehören.

Scheut man sich aus überkommenen Reminiszenzen, die Durchführung öffentlicher Aufgaben und die damit zusammenhängenden Rechtsfragen insgesamt dem öffentlichen Recht zu unterstellen, dann macht man jede Systematik unmöglich. Entweder man verzichtet darauf, eine Maßnahme der öffentlichen Hand überhaupt rechtlich zu qualifizieren, oder aber man verstrickt sich in Widersprüche und Unklarheiten.

Für ersteres ist ein Urteil des Bundesgerichtshofs, in dem eine Entschädigungsklage gegen die Staubentwicklung bei Straßenbauarbeiten erhoben wurde, geradezu typisch (1). Allein aus dem Umstand, daß die Schaffung und Unterhaltung des Straßennetzes eine öffentliche Aufgabe sei und insoweit hoheitlichen Charakter trage, könne noch nicht entnommen werden, ob die Durchführung der Bauarbeiten ebenfalls hoheitlich erfolge. Da der Bundesgerichtshof aber keine anderen Unterscheidungskriterien anbieten konnte, ließ er die

1) BGH DVBl. 1967, S. 883 ff.

Entscheidung dahingestellt (1) und erörterte sowohl den privatrechtlichen als auch den öffentlich-rechtlichen Entschädigungsanspruch mit der abschließenden Feststellung, daß beide zum selben Ergebnis führen würden.

Wo sich aber der Bundesgerichtshof zu einer Stellungnahme gezwungen sah, mußte ~~der~~ auf Drittbeziehungen zurückgreifen oder einen einheitlichen Anspruch spalten. So hat z. B. der Bundesgerichtshof im Kirmesplatzurteil ein bürgerlich-rechtliches Rechtsverhältnis zwischen der Stadt und den N a c h b a r n des Jahrmektes angenommen, u. z. mit der Begründung, daß die Stadtverwaltung ihre Beziehungen zu den S c h a u s t e l l e r n privatrechtlich geregelt habe (2).

Eine konsequente Orientierung an den Verwaltungszwecken dagegen ermöglicht eine klare und eindeutige Zuordnung. Soweit die Verwaltung mit ihrer Tätigkeit unmittelbar Verwaltungszwecke verwirklicht, steht sie zu ihrer Umwelt in öffentlich-rechtlichen Rechtsbeziehungen. Abwehransprüche, die sich gegen die Auswirkungen einer solchen

1) BGH, NVBl. 1967, S. 884

2) BGH Bd. 41, S. 264 ff.; Einzelheiten oben S. 223 ff.

Tätigkeit richten, gehören insgesamt dem öffentlichen Recht an (1).

-
- 1) Es handelt sich also bei Immissionsstreitigkeiten um öffentliches Recht, wenn die immittierende Tätigkeit der Verwirklichung eines Verwaltungszweckes dient. Davon macht jedoch der Verfasser eine Ausnahme. Steht der Betroffene zur öffentlichen Hand in einem Benutzungsverhältnis, das für die Immissionen ursächlich ist, und hat die öffentliche Hand dieses Benutzungsverhältnis privatrechtlich geregelt, dann gehört der negatorische Abwehranspruch dem Zivilrecht an (siehe oben S. 215 ff., insbesondere S. 220 f.).

Man könnte nun einwenden, daß mit dieser Ausnahme das vom Verfasser aufgestellte System nicht mehr geschlossen sei, obwohl er doch gerade dieses der Rechtsprechung zum Vorwurf macht (siehe oben S. 240 f.).

Der Grund für die vom Verfasser eingeräumte Ausnahme liegt jedoch darin, daß man traditionell der Verwaltung die Befugnis zugesteht, gewisse Verwaltungsbereiche (vor allen die Anstalts- und Benutzungsverhältnisse) privatrechtlich zu ordnen. Der Verfasser ist zwar der Ansicht, daß eine solche privatrechtliche Regelungsbefugnis dem heutigen Verwaltungsrecht widerspricht, es würde jedoch die Spezialität der Arbeit sprengen, wenn hierzu nähere Ausführungen gemacht würden. Deshalb soll als Zugeständnis an die Tradition davon ausgegangen werden, daß eine solche privatrechtliche Regelung durch die Verwaltung möglich ist (vgl. jedoch zur Kritik an der herrschenden Meinung oben S. 225 Fn. 1).

Diese Regelungen betreffen aber nur die Rechtsbeziehungen zu den der Benutzungsordnung unterworfenen Leistungsempfängern. Infolgedessen kann

Eine gewisse Verwandtschaft mit der alten Interessentheorie ist unverkennbar. Für sie ist ebenfalls nicht die Rechtsform entscheidend, in der das immittierende Unternehmen betrieben wird, sondern ob es privatwirtschaftlichen oder öffentlichen Zwecken dient (1). Im Gegensatz zur Interessentheorie braucht jedoch eine an den Verwaltungszwecken ausgerichteten Theorie nicht mit dem unbestimmten Begriff des öffentlichen Interesses zu arbeiten, sondern kann sich an die objektiven Normen des öffentlichen Rechts anlehnen (2).

auch nur deren Abwehranspruch und auch nur dann, wenn er in inneren Zusammenhang mit dem Benutzungsverhältnis steht, privatrechtlich sein (siehe Kanalfall, oben S. 216). Die Abwehrklage eines Dritten, der nicht der Benutzungsordnung unterworfen ist, aber dennoch von der öffentlichen Einrichtung beeinträchtigt wird, gehört dem öffentlichen Recht an.

1) Für die Interessentheorie: Schack, JuS 1963, S. 266 ff. Er gab sie jedoch später wieder auf: BB 1965, S. 342 Fn. 18

2) siehe oben S. 147 ff.

2. Das Zusammenspiel von formellem und materiellem Recht

Sachlich unterscheidet sich das öffentlich-rechtliche Nachbarrecht vom privatrechtlichen dadurch, daß sich aus ersterem unmittelbar eine Privilegierung der öffentlichen Hand ergibt, sofern die immittierende Tätigkeit Verwaltungszwecken dient, während das private Nachbarrecht nach dem Wortlaut des § 906 BGB eine solche Privilegierung der öffentlichen Hand nicht kennt.

Wenn man, wie die herrschende Lehre, unter Vernachlässigung der Verwaltungszwecke das Nachbarrecht der öffentlichen Hand dem Bürgerlichen Gesetzbuch unterwirft, dann muß man, will man nicht jede sinnvolle Verwaltungstätigkeit lahmlegen, praeter legem materiellrechtlich eine erhöhte Duldungspflicht der privaten Nachbarn aus dem öffentlichen Interesse oder den Verwaltungszwecken konstruieren. Man muß im materiellen Teil Gedanken verwenden, die man im formellen verworfen hat, und hebt die mit der Zuordnung an sich getroffene Entscheidung wiederum aus den Angeln. § 906 BGB soll Anwendung

finden, es soll aber nicht darauf ankommen, ob die Beeinträchtigungen wesentlich oder unwesentlich, ortsüblich oder nicht ortsüblich seien.

Trifft man dagegen die Zuordnung nach den Verwaltungszwecken, dann braucht man im materiellen Teil von dem durch die formelle Entscheidung vorgegebenen Ergebnis nicht abzuweichen. Dient eine Maßnahme einem Verwaltungszweck, dann ist sie dem öffentlichen Recht einzuordnen. Das öffentliche Recht wiederum besagt, daß die Maßnahme aus dem Verwaltungszweck ihre Legitimation erfährt und deshalb privilegiert ist (1).

Dient die Maßnahme keinem normativ anerkannten Verwaltungszweck (2), dann ergibt sich aus dem formellen Recht, daß es sich nicht um öffentliches Recht handelt. Es findet Privatrecht und damit § 906 BGB Anwendung. Die betreffende Maßnahme wird der allgemeinen Rechtsordnung unterstellt und im Vergleich zu den Handlungen privater Grundstückseigentümer nicht mehr privilegiert (3).

Auf diese Weise wird zwischen materiellem und formellem Recht ein innerer Zusammenhang hergestellt. Die Zuordnung erscheint nicht mehr will-

1) siehe oben S. 143 ff. (insbesondere S. 155 ff.)

2) wie etwa der Betrieb einer Brauerei durch die öffentliche Hand

3) siehe oben S. 186 f.

kürlich, sondern tritt in Abhängigkeit zur materiellrechtlichen notwendigen Lösung. Die Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht gewinnt damit auch ihre innere Berechtigung. Das öffentliche Recht folgt anderen Regeln als das private. Mit der Zuordnung wird, will man keine systematischen Widersprüche hinnehmen, die materiellrechtliche Entscheidung vorweggenommen. Da für den Rechtsschutzsuchenden von primärem Interesse ist, ob er mit seinem Begehren durchdringen kann, muß sich die Zuordnung aus dem materiellen Recht ergeben. Die Begründetheit einer Klage hängt wesentlich von den Zwecken, welchen die immittierende Tätigkeit dient, ab. Deshalb muß auch die Zuordnung danach vorgenommen werden.

Allein mit einer Orientierung an den Verwaltungszwecken läßt sich auch erklären, warum die herrschende Meinung zwischen einer Klage auf Schutzmaßnahmen und einer Klage auf Betriebseinstellung unterscheidet. Die herrschende Meinung selbst vermag nicht überzeugend darzutun, weshalb nur eine auf Schutzmaßnahmen gerichtete Klage gegen eine durch einen Verwaltungszweck gedeckte Einrichtung begründet sein soll. Nach der hier vertretenen Auffassung handelt es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit. Gleichzeitig ist damit festgestellt, daß sich die immittierende Einrichtung auf eine Legitimationsgrundlage stützen kann, nämlich den jeweiligen Verwaltungszweck.

Deshalb kann prinzipiell eine Einstellung des Betriebes mit der Abwehrklage nicht verlangt werden. Soweit jedoch die immittierenden Tätigkeit durch Mißachtung der allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts die Grenzen der Rechtmäßigkeit überschreitet, kann sie mit einer Abwehrklage auf diese zurückgedrängt werden (1). Es wird hier regelmäßig genügen, wenn die öffentliche Hand durch Errichtung von Schutzvorrichtungen Abhilfe schafft. Ausnahmsweise jedoch kann auch eine Einstellungsklage Erfolg haben.

Die Verwaltung errichtet eine stark belästigende Einrichtung in einem Villenviertel, obwohl sie ihre Tätigkeit auch auf einem abgelegenen Grundstück verwirklichen könnte. Schutzmaßnahmen sollen keinen Erfolg versprechen. Hier kann das Urteil auf Einstellung bzw. Verlegung des Betriebes lauten.

Das Reichsgericht hatte einen Fall zu entscheiden, in welchem die Einrichtung zwar einem Verwaltungszweck diene, die Beeinträchtigungen jedoch außer Verhältnis zum Erfolg standen (2). Schutzmaßnahmen wären wirkungslos gewesen. Auch hier muß die Erhebung des Abwehranspruchs zur Beseitigung der ganzen Einrichtung führen.

1) siehe oben S. 178 f. und 180 - 183

2) RG in JW 1900, S. 639

Bis hierher könnte man der Argumentation entgegenhalten, sie weise zwar eine geschlossene Systematik auf und führe auch zu befriedigenden Ergebnissen, was aber fehle, sei die dogmatische Begründung.

Die dogmatische Begründung für die Orientierung der Zuordnung an den Verwaltungszwecken ergibt sich aus dem Wandel vom liberalen zum sozialen Rechtsstaat. Bei der Untersuchung der Legitimationsgrundlagen für das staatliche Handeln hat sich ergeben, daß das formale Instrumentarium des liberalen Rechtsstaates den weiter gespannten Aufgaben des sozialen Rechtsstaates nicht mehr gewachsen ist. Wir mußten durch die Formen auf die Zwecke zurückgreifen und sie für eine neue Systematik fruchtbar machen. Dasselbe gilt für die Zuordnungsfrage. Will man sie mit dem formalen Instrumentarium des liberalen Rechtsstaates bewältigen, dann verstrickt man sich in Verwaltungsbereichen, die seiner Staatsidee fremd waren, in Unklarheiten und Widersprüche. Im liberalen Rechtsstaat konnte man die Zuordnung formalisieren. Im sozialen Rechtsstaat ist das nicht mehr möglich. Auch bei der Zuordnung muß man auf die hinter dem

formalen Gerüst verborgenen Unterscheidungsmerkmale zurückgreifen, die Zwecke. Öffentliches Recht liegt vor, wenn eine Tätigkeit der Verwaltung der Verwirklichung von Verwaltungszwecken dient. Ein gegen die Auswirkungen dieser Tätigkeit gerichteter Abwehranspruch gehört ebenfalls dem öffentlichen Recht an.

Das gilt selbst dann, wenn die öffentliche Hand Verwaltungsfunktionen verwirklicht, die im Range minderwertig sind und deshalb aus phänomenologischen Gründen eigentlich nicht mehr dem öffentlichen Recht zugeordnet werden, wie etwa die Veranstaltung eines Jahrmarktes auf einem im Bebauungsplan hierzu ausgewiesenen Grundstück. Weil jedoch die Gemeinde mit der Durchführung der Kirmes eine ihr in der jeweiligen Gemeindeordnung übertragene Aufgabe der örtlichen Gemeinschaft wahrnimmt, ist eine Klage gegen die Gemeinde wegen der Geräusche und der Gerüche des Jahrmarktes dem öffentlichen Recht zuzuordnen. Damit ist aber noch nicht gesagt, daß die Klage als unbegründet abgewiesen werden wird. Bei der Durchführung einer Kirmesveranstaltung handelt es sich zweifelsohne um eine Verwaltungsaufgabe minderer Art. Die im öffentlichen Recht vorzu-

nehmende Interessenabwägung nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit kann sehr wohl zugunsten der Kläger ausschlagen, sofern die Immissionen nicht zu gering sind. Das bedeutet dann gleichzeitig, daß die entsprechende Regelung im Bebauungsplan fehlerhaft und damit nichtig ist. Wenn nämlich die Interessenabwägung ergibt, daß die Kirmes an der betreffenden Stelle nicht durchgeführt werden durfte, dann hätte der Bebauungsplan ein anderes Gelände für den Jahrmarkt vorsehen müssen.

Der öffentlich-rechtliche Abwehranspruch ist weder ein Aufopferungs- noch ein Schadenersatzanspruch (§ 40 Abs. II Satz 1 VwGO). Er ist deshalb vor den Verwaltungsgerichten zu erheben (§ 40 Abs. I VwGO). Da er sich gegen Realakte richtet, ist die Form der allgemeinen Leistungsklage zu wählen.

LEBENS LAUF

Am 24. März 1944 wurde ich als Sohn des Facharztes für Hals, Nase und Ohren Dr. Gottlob Memmert und seiner Ehefrau Hertha Memmert, geb. Gollwitzer, in Regensburg geboren.

1950 kam ich in Regensburg in die staatliche Volksschule und trat am 1. September 1954 in die Oberrealschule Regensburg über. Dort legte ich im Sommer 1963 die Reifeprüfung ab.

Im Wintersemester 1963/64 nahm ich das Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Erlangen-Nürnberg auf. An dieser Universität blieb ich ohne Unterbrechung die ganze Studienzeit und legte dort anschließend im Herbst 1967 erfolgreich die erste juristische Staatsprüfung ab.

Am 1. Februar 1968 trat ich in den juristischen Vorbereitungsdienst des Freistaates Bayern ein. Im selben Jahr heiratete ich Fräulein Karin Ebert. Seit 1. April 1968 bin ich als Assistent an der Universität Erlangen-Nürnberg tätig.

CHAPTER IV

THE first part of the chapter is devoted to a discussion of the various methods of determining the rate of reaction. The second part is devoted to a discussion of the various factors which influence the rate of reaction.

The rate of reaction is defined as the change in concentration of a reactant or product per unit time. It can be determined by measuring the change in concentration of a reactant or product over a given period of time.

The rate of reaction is influenced by several factors, including the concentration of the reactants, the temperature, the presence of a catalyst, and the surface area of the reactants. The rate of reaction increases with increasing concentration of the reactants, increasing temperature, and increasing surface area of the reactants.

The rate of reaction is also influenced by the presence of a catalyst. A catalyst is a substance which increases the rate of reaction without being consumed in the reaction. Catalysts work by providing an alternative reaction pathway with a lower activation energy.

Offsetdruck-Fotodruck

J. Hogl, 8520 Erlangen Hauptstr. 109, (Nähe Martin-Luther-Platz) Tel. 22990